الرقم الدولي: ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة. (دراسة مقارنة) — أ.د. فراس كريم شيعان، م.م.صلاح عجمي جميل
- ذاتية العقد الممتد.(دراسة مقارنة) — أ.د. إيمان طارق مكي، م.م. وسيم جبار
- الالتزامات المفروضة على منتج الدواء. (دراسة مقارنة) — أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، راسم عايد حسن
- خلافة الدول في الديون المقيتة . — أ. د. صدام حسين الفتلاوي، م. م. محمد جبار العبدلي
- الحقوق الخاصة للمهاجر وفقاً لقانون دولة الجنسية.(دراسة مقارنة) — أ.د. عبد الرسول عبد الرضا، م.م. نصيف جاسم محمد

السنة الحادية عشر العدد الثالث

2019

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377

AL-Mouhakiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal
Issued By
College of Law in Babylon University

- Methods of controlling the procedural "Arbitrariness" in private international Relations. (A comparative study) — PP. Dr. Firas k. shiaan, A.Lec.Salah agmi gmeel
- Subjectivity of the extended Contract. (A Comparative Study) — P.Dr. Eman T. Makki, Wasseam J. AL- Shemary
- Obligations Imposed on the Drug owner. (A Comparative Study) — P.Dr. Salam A. Abdullah, Rassim A.Hassan
- Succession of States in odious debts . — P. Dr. Saddam AL-Fatlawi, A. Lec. Mohammed J .J.
- Special rights of migrants according to the law of the State of nationality .(comparative study) — P.Dr.Abdul Rasool A. J., Dr.Nsaeif J. AlKarawi

Third Issue 2019 Eleventh Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١-	وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة. (دراسة مقارنة)	أ.د. فراس كريم شيعان م.م.صلاح عجمي جميل	٩-٥٠
٢-	ذاتية العقد الممتد.(دراسة مقارنة)	أ.د. إيمان طارق الشكري م.م .وسيم جبار الشمري	٥١- ٨١
٣-	الالتزامات المفروضة على منتج الدواء. (دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي راسم عايد حسن	٨٢-١٦٤
٤-	خلافة الدول في الديون المقيتة.	أ. د. صدام حسين الفتلاوي م. م. محمد جبار العبدلي	١٦٥-٢٥٤
٥-	الحقوق الخاصة للمهاجر وفقاً لقانون دولة الجنسية.(دراسة مقارنة)	أ.د. عبد الرسول عبد الرضا م.م. نصيف جاسم محمد	٢٥٥- ٣١٥
٦-	إخلال القضاء الوطني بتطبيق وتفسير العرف الدولي.	أ. د. حيدر كاظم عبد علي كريم كاظم كريم	٣١٦-٣٦٢
٧-	حدود الحق ألاستئثاري لصاحب براءة الاختراع (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د. ميثاق طالب عبد حمادي سعد حامد هادي	٣٦٣- ٣٩٤
٨-	مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية. (دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونين الأمريكي والفرنسي)	أ.م.د. محمد جاسم محمد	٣٩٥ - ٥٥٦
٩-	الاكتتاب العام برأسمال الشركة المساهمة في ظِل قانون الشركات رقم ٢١لسنة ١٩٩٧ المعدل .	م. م. نوفل رحمن ملغيط علي عبد الحسين الياسري	٥٥٧- ٥٩٥
١٠-	المركز القانوني للأجنبي وفقاً لقانون إقامة الأجانب العراقي رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ النافذ	م.م. إبراهيم عباس الجبوري	٥٩٦ - ٦١٥

وسائل

معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة

(دراسة مقارنة)

أ . د . فراس كريم شيعان — كلية القانون/جامعة بابل

م.م. صلاح عجمي جميل — كلية القانون/جامعة بابل

الملخص

يجب أن يتعامل الأطراف بحسن نية من خلال أتباع سلوك قويم مع خصمه الآخر ، فإذا يتبين لأحد الخصوم أن الحق في جانب خصمه سلم به ، ونزل له به من دون تعنت أو تعسف ، كما يجب على ممثلي الخصوم ، أن يهدف دفاعهم عن موكليهم على إحقاق الحق وتحقيق العدل ، وأن لا يكون دفاعهم عن موكليهم تحقيق مآربهم سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة. ولا ريب لو اتبع هذا المنهج لقلة كثير من المنازعات ، وأستراح المتخاصمون والقضاة من دعاوى لا يقصد بها إلا المماطلة والتعسف اتجاه الخصم الآخر.

كما أن الاستوبل الإجرائي يلعب دوراً وقائياً مانعاً من التعسف، لأن نظرية التعسف تلعب دوراً مزدوجاً في الرقابة والإشراف على الحقوق بصورة عامة وتطرح في هذا المجال مشكلة أعمق بكثير من مسألة المسؤولية ألا وهي مشكلة أداء الحق لدوره في أتساق وانسجام دون تناقض مع غيره عن الحقوق ، وهذه المرحلة سابقة على مرحلة المسؤولية وتتحقق بالمبادرة إلى وضع حد لاستعمال الحق ، فإذا تبين أنه يهدد التوازن القائم بين الحقوق يقرر القاضي (عدم قبول) وهو ما يكرس الدور الوقائي لهذه الفكرة والذي يعمل على الحد من تجاوز أو انحراف استعمال الحق إلى أكثر من هذا القدر ويحول دون الوصول به إلى مرحلة المسؤولية أو ما يمكن أن يوصف بالتعسف أو بمعنى آخر ، عندما يثار الطابع الوقائي لفكرة التعسف.

المقدمة

أن الواجبات الإجرائية التي يباشرها الخصوم هي عبارة عن سلوك يفرضه القانون عليهم من أجل اعتبارات عدة ، منها مراعاة لحق الخصم الآخر ، أو الإسراع بالفصل في القضايا ، وهي تهدف جميعاً الى محاربة التعسف الإجرائي والقضاء على تعسف وتعنت الخصوم وتهذيب القضية وتطهيرها من الشوائب التي قد تلتصق بها اثناء المرافعة ، فأوجب القانون على الطرف الذي يكون في مركز لا يتحمل معه الإثبات أن يتعاون مع الخصم الآخر الذي يقع على عاتقه واجب الإثبات ، وذلك بتقديم ما بحوزيه من أدلة إثبات وفي الحالات التي يجيز القانون لكي يبرهن على صدق نواياه بأنه غير متعسف اتجاه خصمه .

فواجب المعاونة بالإثبات غير مطلق بل هو مقيد بحدود القانون ، فلا يجوز أن يطلب

من الخصم تقديم دليل إلا في الحالات التي نص عليها القانون ، عندئذ فأن تعسف الخصم عن القيام بهذا الواجب إضراراً بخصمه يؤدي الى فرض الجزاء الذي يرتبه القانون على إخلاله بهذا الواجب ، لذلك فأن التزام الخصوم وممثليهم في المعاونة بالإثبات يمكن أن يقضي على فكرة التعسف التي قد تؤدي الى تعثر الخصومة .

كما أن التناقض في الأقوال يعد ظاهرة قانونية إجرائية موجودة على مستوى القضية الواحدة ، والتناقض ، قد يقع في سلوك الخصم أو ممثله سواء كان في مركز المدعي أو المدعى عليه ، أو في سلوك الشاهد أو سلوك القاضي أو في حكمه أو في سلوك أعوانه ، أو قد يقع التناقض في الأعمال الإجرائية كرفع الدعوى كيداً أو الدفوع أو الإثبات ، وعلى ذلك يلعب الاستوبل دوراً فاعلاً في القضاء على تلك التناقضات ، حيث أنه يعد وسيلة إجرائية وجدت أساساً لمنع التناقض الصادر من الخصم إضرارا بخصمه الآخر بقصد الكيد أمام المحكمة.

وتبدو أهمية هذا البحث في أنه يعالج جانب مهم من الجوانب التي تهتم بقواعد القانون الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة ، وذلك حماية لها من الاستعمال التعسفي من قبل أحد الاطراف بشكل لا يتفق مع الغاية منها ، حيث أن التجاء الخصوم الى أساليب المكر والخداع يضر في تحقيق العدالة ، وهو ما قد يدفع الخصم الى التضحية بحقوقه تجنباً للدخول في معترك القضاء ، كما تبدو أهمية البحث في طرح مشكلة حماية الخصم ضد تصرفات خصمه من التناقضات في الاقوال والافعال .وعلى ذلك سنقسم موضوعنا الى مبحثين وعلى النحو الآتي .

المبحث الأول : التزام الخصوم وممثليهم كوسيلة لمعالجة التعسف .

المبحث الثاني : الاستوبل الإجرائي كوسيلة لمعالجة التعسف .

المبحث الأول

التزام الخصوم وممثليهم كوسيلة لمعالجة التعسف

من نافلة القول أن العدالة البطيئة نوع من الظلم ، ولذلك فقد كفلت معظم القوانين العديد من الوسائل التي عن طريقها يمكن تحقيق سرعة الفصل في الدعاوى ، والحفاظ على الحقوق وحسم الدعوى في وقت مناسب وإيصال الحقوق الى اصحابها من غير بطء أو تعسف باستعمال الحق.

كما أن غاية المتقاضين ، وهدف المحكمة ، هو الوصول إلى الحقيقة ، وتحقيق العدالة ، وأنهاء الخصومة ، مع الإبقاء على العلاقات الودية بين الأطراف ، ولا شك أن الوصول إلى هذه الغاية لا يتأتى إلا من طريق تصرف الخصوم أو ممثليهم بحسن نية سواء فيما بينهم أو اتجاه المحكمة ، وكذلك معاونة المحكمة في سرعة الفصل في الدعوى خلال وقت معقول، وأن التزام الخصوم وممثليهم بهذه الوسائل قد يجنب الأطراف في التعامل بطريقة متعسفه مع الطرف الآخر ، وبهذا يمكن محاربة التعسف الإجرائي ، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في المطلب الأول ، وجوب تصرف الخصوم بحسن نية ، والمطلب الثاني نتناول فيه وجوب معاونة المحكمة في الفصل في الدعوى خلال وقت معقول.

المطلب الأول

وجوب التصرف بحسن نية

أن مبدأ حسن النية في التعامل ، يعد من المبادئ العامة الأكثر شيوعاً في القوانين المقارنة وفي العديد من الاتفاقيات الدولية و من ثم ممكن أن يفرض هذا الالتزام على اطراف العلاقة القانونية حتى ولولم تكن هناك إشارة إليه [١]، حيث أن هذا الالتزام يمثل الصورة الأولى من ضوابط عدم التعسف في استعمال الحق ، كما جاء في صريح الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدني العراقي.

كما أن الأصل في التقاضي هو مبدأ الحرية ، إذ لا يمكن مساءلة شخص عن عدم عرض نزاعه أمام جهات التقاضي كما أن الأصل في التقاضي أن يسير بحسن نية ، غير أنه يحدث أن يقترن التقاضي في بعض الأحيان بسوء نية ، وهنا يجب على من يدعيه أن يقدم

الدليل على وجوده ، ولهذا فأن حسن النية في هذا المجال يقصد به الامتناع عن استعمال الغش ووسائل المكر والخداع ، أو تقديم دليل بسوء نية [٢].

وقد أهتمت النظم القانونية منذ القدم بمبدأ حسن النية ، فكان الرومان يوجهون يمين حسن النية عند الالتجاء إلى القضاء، وكذلك الأمر في القانون الفرنسي القديم[٣] .

وقد أنقسم الفقه الإجرائي الحديث وتباينت وجهات النظر حول واجب حسن النية ، وكذلك تباينت النظم القانونية حيث تبنى وعكس كل تشريع مفهومه الخاص عن وظيفة القضاء المدني على هذا الواجب ، فنصت عليه بعض التشريعات ، وتشريعات أخرى لم تنص عليه صراحة، فهناك أتجاه من الفقه ذهب إلى أن الخصومة المدنية لا تنطوي على واجب قانوني بقول الحقيقية، وأن هذا الواجب لا يمكن أن يكون إلا واجباً أخلاقياً في نطاق قانون المرافعات ، لأن المبادئ المسيطرة على هذا القانون ، كمبدأ حياد القاضي ، ومبدأ الخصومة ملك الخصوم ، لا تحتمل فرض مثل هكذا واجبات قانونية ، وإنما تكتفي بفرض واجب مراعاة الحد الأدنى من الأمانة، بالامتناع عن سوء النية وعن تضليل الخصم ، فعليه أن يحيط خصمه علماً بالنزاع، والسماح له بحضور الدعوى بالوقت المناسب ، وكذلك الاطلاع على المستندات[٤] .

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن النشاط القضائي واجبه الأساسي ضمان الحقيقة ، ولا يتحقق ذلك إلا بقول الصدق أمام القضاء ، وعلى هذا يفرض واجب الصدق على الخبراء ، والشهود وكذلك يتعين على الخصوم واجب الصدق، وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعين واجب الصدق من حيث المبدأ ، إلا أنها عينت واجب الأمانة صراحة ، ولا يجب التمييز بين المفهومين ، لأن الثاني – واجب الأمانة – يتضمن الأول واجب الصدق ، ولا يمكن القول أن الالتزام بالأمانة يمنع فقط الغش، بينما الالتزام بالصدق يتضمن أن يوضح الخصم دوره للقاضي بالكامل ، فقول الصدق واجب أخلاقي وقانوني في نفس الوقت ، وبصفة خاصة في مجال الترافع أمام القضاء ، لأن الصدق والعدالة مقترنان دائماً ، ومن العبث تحقيق العدالة دون احترام الصدق والحقيقة[٥].

ويبدو لنا أن الاختلاف بين الاتجاهين هو اختلاف نظري أكثر مما هو واقعي، فإذا أمعنا في مضمون كل منهما فسوف يتضح لنا عكس ذلك ، فما لاريب فيه أن الحديث يدور حول ، واجب النشاط القانوني الإجرائي سواء بقول الصدق أو الأمانة الإجرائية ، وليس حول الواجب الأخلاقي [٦]، لأنه لا خلاف حول هذا الأخير.

أن مبدأ حسن النية في التقاضي سواء بقول الحقيقة أو واجب الأمانة ، يختلف مداه

ضيقاً وأتساعاً في نطاق قانون المرافعات بحسب المفاهيم السائدة والمسيطرة على واقع النزاع المعروض أمام المحكمة، فالكذب كأصل أمر غير محمود من الناحية الأخلاقية ، لكنه ليس ما عليه في نطاق القانون ، حيث لا يعتد به إلا إذا بلغ حداً من الجسامة وترتب عليه إضرار للغير دون وجه حق.

ولهذا فإن التزام الخصوم بقول الحقيقة عند أنصار الاتجاه الثاني لا يعني بها الحقيقة المطلقة وإنما إلى الحد الذي يفرضه القانون على الخصوم الالتزام بقول الحقيقة ، وهذا الالتزام يضيق ويتسع مداه بحسب ظروف القضية والوقائع المطروحة فيها ، فلا يجوز لأحد الخصوم مثلاً أن يخفي أمراً يعلمه ، لا سيما إذا وجه إليه سؤال بشأنه أو أن يخفي مستنداً له قيمة قانونية لحسم النزاع كي يطيل أمد الخصومة، أو ينكر خطه أو بصمته أو توقيعه ، وهو ما يعنيه أنصار الاتجاه الأول بالحد الأدنى من الأمانة(٧).

وعلى هذا فأن الواجب القانوني باحترام الحقيقة ، لا يعني الحقيقة المطلقة ، بل هو واجب محدود المدى ، يفرض لصالح إظهار الحقيقة (٨)

وكان القانون الفرنسي القديم يهتم بحسن النية في التقاضي فكانت المادة ٧ من لائحة ١٦٦٧م تفرض على القاضي ألا يقبل من الخصوم أي رد حول وقائع النزاع إلا بعد حلف اليمين.

أما القانون الفرنسي الحالي ، فيعد من القوانين التي لم تتخذ من واجب حسن النية موقفاً صريحاً ، لكن مع ذلك فأن حسن النية يعد أحد مرتكزات النشاط القانوني للخصم في القانون الفرنسي ، حيث أن هذا الواجب يبدو واضحاً في العديد من النصوص القانونية التي ترتب المسؤولية على الاستعمال التعسفي والكيدي للحقوق الإجرائية كما في المادة ١/٣٢ وغيرها، وأيضاً المادة ٥٩٥ التي تجعل من الغش واحتجاز المستندات الحاسمة واستعمال المستندات المزورة ، واليمين الكاذبة سبباً لأعاده النظر في الحكم (٩).

وعلى ذلك يكون الشخص مسؤولاً قانوناً إذا لجأ إلى الوسائل التي تتناقض مع حسن النية في استعمال الحقوق الإجرائية ، أو استعمال الخداع والمكر من أجل الحصول على حكم لصالحه.

وقد نظم المشرع العراقي حق التقاضي ، وجعله حق لكل الأفراد ، إلا أن ذلك الحق لن يكون مطلقاً عن كل قيد ، بل أن القانون رسم له طريقاً معيناً بغية منع الأفراد من التعسف في استعماله وصيانة القضاء من العبث والإساءة ، وأوجب على المتخاصمين أو ممثليهم الالتزام بمبدأ حسن النية عند تقديم الأدلة كما هو منصوص عليه في المادة ٥ من قانون الأثبات (١٠)،

وإذا خالف المتخاصمين تلك المبادئ ، جعلوا أنفسهم عرضة للعقاب، كما وردت نصوص أخرى في قانون العقوبات على مجموعة من الجرائم التي يمكن أن ترتكب من قبل الأفراد عند ممارستهم لحق التقاضي ، كالأخبار الكاذبة ، وتضليل العدالة ، وشهادة الزور ، حلف اليمين الكاذبة ، ويمكن للطرف الذي تضرر من عدم التزام خصمه بمبدأ حسن النية عند تقديم الأدلة أو الذي طالته الدعوى الكيدية أن يطالب بالتعويض أمام المحكمة المختصة، ولا يمكن للطرف المقابل أن يحتج بالجواز الشرعي الواردة في المادة ٦ من القانون المدني ، كما أن المادة ١٩٦ من قانون المرافعات تجعل من الغش سبباً لإعادة النظر في الأحكام النهائية ، ونلاحظ من خلال ممارستنا لمهنة المحاماة في المحاكم العراقية أنها تعج بأعداد هائلة من الدعاوى الكيدية في شقيها الجزائي والمدني والتي لا يهدف منها سوى جعل الطرف الآخر رهينة بين يديه يبتزه كيف يشاء، ويمكن أن نضرب بعض الأمثلة على ذلك، كإقامة دعوى بدين سبق أن أنقضى أو تم التصالح بشأنه ، أو اقامة شكوى أمام محاكم التحقيق عن وقائع غير صحيحة ، بهدف ارهاق الخصم المقابل نفسياً ومادياً وجعله ينفق وقته وماله في سبيل الخلاص من أدعاء موهوم يدعيه خصمه ، لذا ندعو المشرع العراقي إلى سن قواعد قانونية تشدد في فرض العقوبات على أصحاب الدعاوي الكيدية والزامهم بالتعويض ، على أن يتم الاستدلال على اساءة استعمال حق التقاضي بشكل سائغ ، منعاً من إفراغ هذا الحق من محتواه وأحجام الأفراد عن اللجوء إلى المحاكم.

وكذلك المشرع المصري هو الآخر لم يتخذ موقفاً محدداً من واجب حسن النية ، ومع ذلك فأن هذا المبدأ يشكل أحد الواجبات التي فرضها القانون الإجرائي على سلوك المتقاضين ، بحيث يتعين عليهم الابتعاد عن سوء النية عند أتخاذهم إجراءات الخصومة المدنية [١١] .

وهذا ما يمكن استخلاصه من النصوص التي لا تتسامح مع سوء النية ، فنجد المادة ١٨٨ من قانون المرافعات المصري والتي تقضي الحكم بالتعويضات والغرامة في حالة استعمال الحق بقصد الكيد أو سوء النية [١٢].

وأيضاً نص معهد روما للقانون الدولي بالتعاون مع معهد القانون الأمريكي لعام ٢٠٠٤ على مبدأ التعامل بحسن النية ، حيث حدد المبدأ الحادي عشر التزامات الأطراف وممثليهم من خلال وجوب التصرف بحسن نية، سواء في تعاملاتهم فيما بينهم أو مع المحكمة ، وبأن يشاركوا المحكمة مسؤولية الفصل في الدعوى خلال وقت معقول ، على نحو يحقق العدالة ويتسم بالكفاءة ، وأجاز للمحكمة أن تتخذ من تقاعس أحد الأطراف في الرد على ادعاءات خصمه دون مبرر ، دليلاً على صحة الادعاء أو قبوله[١٣].

مما تقدم يتضح أن واجب حسن النية من مباشرة الإجراءات هو أحد مرتكزات مباشرة الدعوى تفرضه نصوص قانون المرافعات ، وأن هذا الواجب يقيد سلوك الخصم في استعمال الحقوق أو القيام بالواجبات ، وأن الإخلال بهذا الواجب يرتب جزاءات إجرائية ، ويفترض على المتقاضين أن يستهدف نشاطهم الوصول إلى كشف الحقيقة في المراكز المتنازع عليها في أقرب وقت وبأقل كلفة ، وأن يتعاونا مع المحكمة لغرض الوصول إلى هذا الهدف ، وهو ما سوف نتناوله في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

وجوب معاونة المحكمة في الفصل بالدعوى خلال وقت معقول

أن الطرف الذي يكلف قانوناً بالإثبات ابتداء يكون في مركز قانوني اضعف من خصمه ، حيث يتحمل القيام بعمل قانوني قد تتوقف عليه نتيجة الدعوى ، بينما يقف خصمه موقف المراقب لما يجري [١٤] ، وقد أوجب القانون على الخصم الذي لا يتحمل واجب الاثبات التعاون مع خصمه في إظهار حقيقة النزاع ، وذلك بتقديم ما بحوزته من أدلة ووسائل أثبات ، فلم يعد الأمر يتوقف على صاحب الادعاء وحده ، وإنما ضمن له القانون مجموعة من الوسائل التي يمكن عن طريقها الوصول إلى حقه عن طريق الحصول على الدليل حتى لو كان في حوزة خصمه أو في حوزة أي شخص من الغير [١٥].

وقد جاءت النصوص القانونية لمعالجة المعاونة في التشريع العراقي بنصوص متفرقة، ولم تتضمن هذه المعالجة وضع قاعدة عامة تشير إلى هذا الواجب صراحة ، ويمكن أن نستخلص هذا الواجب من خلال نص المادة (٩)من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون ٤٦ لسنة ٢٠٠٠ [١٦] ، التي تجيز للقاضي أن يلزم أياً من الخصوم بتقديم دليل الاثبات الذي بحوزته إذا رأى أنه منتج في الدعوى ، كما أجازت المادة ١٧ من ذات القانون [١٧] أن تطلب المحكمة من أحد الخصوم باتخاذ أي أجراء من إجراءات الاثبات إذا أقتنع القاضي أن هذا الإجراء لازم للكشف عن الحقيقة ، وهذا النص يتسع مداه لعدد غير محدود من حالات الاثبات ، ويكون للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم إلزام أي شخص خصماً أو من الغير ، بعرض ما بحوزته من مستندات أو أي اشياء أخرى ، كما أجازت المادة ٧١ إثبات [١٨] للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم استجواب أياً

من الخصوم من اجل الحصول على بيانات أو إيضاحات متعلقة بسير الدعوى ، وأجازت المادة ١١٤ إثبات [١٩]. أن تأذن للخصم بتوجيه اليمين إلى خصمه من اجل الحصول على الدليل ، لأن اليمين يعد من أدلة الإثبات ، ويتضح من ذلك أن واجب المعاونة في الإثبات واجب محدود في مداه، فلا يجوز طلب تقديم دليل في غير الحالات التي تناولها المشرع بالتنظيم ، وأجاز إلزام الخصم فيها أو الغير بواجب المعاونة في الإثبات ، ورتب فرض بعض الجزاءات على الخصم المخالف عند امتناعه في تقديم المعاونة في الإثبات ، وقد نهج المشرع المصري بشأن واجب المعاونة نفس مسلك المشرع العراقي حيث لم يضع قاعدة عامة تعالج المعاونة في الإثبات عدا نصوص متفرقة تلزم الخصم بتقديم ما بحوزته من محررات منتجة في الدعوى ، كما في نصوص المواد ٢٠ و ٢٧ و ١٠٥ و ١١٤ من قانون الإثبات المصري[٢٠].

أما أتجاه القانون الفرنسي الحالي [٢١] بهذا الشأن فقد أخذ بواجب الكشف عن الحقيقة ولكن في حدود معينة ، فقد بينت المادة ٢/١١ من قانون المرافعات المبدأ الذي بمقتضاه يجوز ألزام الخصم أو الغير بتقديم مستند في حوزته ، وحددت المادة ١٣٨ من قانون المرافعات المستندات التي يجوز تقديمها والذي لا يكون الخصم طرفاً فيها سواء أكانت تلك المستندات رسمية أو عرفية وكلك إذا كان المستند في حوزة الغير ، وأن امر تقديم المستندات متروك لسلطة القاضي التقديرية استناداً للمادة ١٣٩ من القانون ، كما أن واجب المعاونة في الإثبات غير مطلق من القيود ، بل أن المادة ٩ من القانون المدني قد بينت القيود التي يمكن أن ترد على هذا الواجب ، والتي تعطي كل شخص الحق في احترام حياته الخاصة [٢٢].

أما بالنسبة لموقف الدول المقارنة من فرض واجب المعاونة في الأثبات ، فنجد أن هناك بعض النظم القانونية اتخذت موقفاً واضحاً بهذا الشأن ، بحيث لم تكتفي بتقديم الخصم الأدلة التي تكون في صالحه ، وإنما حتى التي تكون في صالح خصمه.

فقد فرض القانون الإنجليزي التزاماً على الخصوم بكشف ما بحوزتهم من مستندات متعلقة بالنزاع خلال مدة معينة ، وأن هذا الالتزام يفرضه القانون تلقائياً دون حاجة إلى طلب من الخصوم أو قرار من المحكمة بحسب المادة ٢٤ من قواعد المحكمة العليا ، وتقديم المستندات يشمل تلك التي تكون في صالح الخصم والخصم الآخر ، كما يحق لكل خصم أن يحصل على قائمة بكل المستندات الخاصة بالقضية والتي في حوزة خصمه ، وأن استثناء الخصم لأحد المستندات من شأنه أن يرتب حق لخصمه من طلب تقديم هذا المستند، وفي حالة كون هذه المستندات المطلوب تقديمها قد تعرض من يقدمها للمساءلة الجنائية فقد أجاز القانون

لهذا الخصم عدم تقديمها ، كما أجيز له اثبات أن المستند المطلوب تقديمه ليس له صلة بالنزاع[٢٣].

وقد فرض القانون النمساوي على الخصوم بقول الحقيقة ، وليس فقط واجب المعاونة ، ولهذا فأن المادة ١٧٨ من قانون المرافعات تلزم الخصم بقول الحقيقة من تأييد ادعائه من خلال تقديم وسائل أثباته كاملة وواضحة لا لبس فيها [٢٤]، وأن يبدي ملاحظاته حول إجراءات التحقيق ، وأن يقدم رايه حول أدلة خصمه بوضوح ، وقد أجاز القانون للخصم التمسك بالسرية أتجاه الطلبات الموجهة إليه للتخلص منها ، عندما تكون ذات صلة ، بالحياة الخاصة أو تتعلق بالأعمال التجارية، حيث تقضي المادة ٣٠٥ /١ من قانون المرافعات ، بأنه "لا يجوز تقديم بعض المستندات التي يكون محتواها يستند إلى وقائع وأحداث تتصل بحياة الأفراد الخاصة ، كما تمنع الفقرة الرابعة من المادة ذاتها ، تقديم المستندات إذا كان ذلك يتناقض مع أسرار الدولة واسرار الصناعة أو السرية الواجبة للأعمال التجارية" [٢٥].

وهكذا نرى أن القوانين الأنجلو سكسونية أوسع نطاقاً من الدول اللاتينية بالنسبة لواجب المعاونة في الإثبات ، حيث لم يقتصر الاتجاه الأول على التعاون حول أدلة ووسائل الإثبات فقط ، وإنما ذهبت الى ابعد من ذلك بكشف ما لديهم من مستندات متعلقة بالقضية حيث حدد لهم القانون ميعاد معين لتقديم تلك المستندات للمحكمة ، ويعد هذا الواجب من الواجبات التي يفرضها القانون تلقائياً على الخصم المكلف بهذا الواجب ، أي لا يتوقف على طلب أو قرار من المحكمة .

كما أن مبادئ المرافعات عبر الوطنية التي أعدها معهد (اليونيدروا) حدد فيها المبدأ الحادي عشر التزامات الأطراف وممثليهم ، ومن بين الالتزامات أن يشارك الأطراف وممثليهم المحكمة مسؤولية الفصل في الدعوى خلال وقت معقول وسرعة الفصل في الدعوى مرهون على مدى تفاعل الأطراف مع المحكمة بتقديم وسائل الاثبات التي تكون بحوزتهم بالإضافة إلى الكشف عن الحقيقة على نحو يحقق العدالة ويتسم بالكفاءة[٢٦].

والسؤال الذي يتبادر الى الأذهان ، هل أن المعاونة في الأثبات تلزم الخصم في الكشف عن الحقيقة ، أي هل أن هناك واجب عام على الخصم للكشف عن الحقيقة أم أن الأمر لا يتعدى مجرد المعاونة في الاثبات ؟ قد يبدو للوهلة الأولى أن واجب المعاونة في الإثبات يتداخل مع واجب الكشف عن الحقيقة من حيث الظاهر ، لأن كل منهما يهدف إلى إظهار حقيقة النزاع سواء كان ذلك يتعلق بالمستندات أو الأثبات أو الوقائع الأخرى ، ولكن في حقيقة الامر أن واجب المعاونة في الإثبات لا يختلط ولا يتداخل مع واجب الكشف عن الحقيقة

لاختلافهما من حيث المدى ومن حيث المضمون .

فمن حيث المدى نجد أن واجب الكشف عن الحقيقة يتميز بمدى واسع بحيث لا يتوقف على مجرد المعاونة ومد يد العون للخصم الآخر لمساعدته في أثبات دعواه بناء على طلبه، وإنما يتجاوز هذا النطاق إلى منع كل فعل من شأنه تضليل العدالة أو تضليل الخصم المقابل حول وقائع القضية وما يطرح بشأنها من أدلة باستعمال وسائل التزوير والغش، وبهذه المثابة يتميز واجب المعاونة عن واجب الكشف عن الحقيقة ، فالأول يهدف إلى معاونة الطرف المكلف بواجب الأثبات لغرض الحصول على دليل لأثبات ادعائه في حوزة الطرف الآخر ، والأخير يهدف إلى منع التجاء أياً من أطراف الخصومة إلى وسائل ملتوية تؤدي إلى تضليل العدالة أو الخصم الآخر [٢٧].

أما اختلافهما من حيث المضمون ، فأن قيام الخصم بواجب معاونة الخصم الآخر بالإثبات لا يعني هذا قيامه بواجب الكشف عن الحقيقة ، وكل ما في الأمر هو قيام الخصم بتسليم ما لديه من مستندات متعلقة بموضوع النزاع أو أنه أخضع للاستجواب أو أداء اليمين ، فيكون والحال كذلك أنه قد وفى بواجب المعاونة ، ولا يتحمل مسؤولية في هذه الحالة ، لكن لا يعني ذلك أن هذه المعاونة قد أدت إلى كشف الحقيقة ، فقد يكون لدى الخصم مستندات أخرى ذات أهمية بالغة في كشف الحقيقة لا يعلم خصمه عنها شيئاً ولم يعرضها للمحكمة لأنها لا تناسب موقفه ، أو قد يكون لديه معلومات هامة بصدد ظروف الدعوى لكنه لم يُدلِ بها عند استجوابه كونها ضارة بموقفه ، وقد يكون أدى اليمين بصورة مخالفة للحقيقة ، ففي كل هذه الصور لا يمكن مساءلة الخصم على مخالفة واجب المعاونة في الأثبات لكن يمكن مساءلته عن مخالفة الكشف عن الحقيقة[٢٨].

وعلى الرغم من هذا الفارق بينهما لكن لا يمكن إنكار التأثير المتبادل بينهما ، فأتساع مدى واجب الكشف عن الحقيقة يلزم الخصم بكشف ما بحوزته من مستندات وما لديه من أدلة متعلقة بالدعوى سواء كانت لصالحه أو لصالح خصمه الآخر.

ولما كان القانون قد أوجب على الخصم غير المكلف بواجب الأثبات أن يتعاون مع خصمه في اثبات دعواه عندما يكون الدليل بحوزته ، لكن الالتزام بهذا الواجب يتوقف على شروط منها[٢٩].

أولاً : شرط أن يجيز قانون القاضي تقديم الدليل .

أن واجب المعاونة في الأثبات يتوقف على أن يكون الدليل الذي في حوزة الخصم

منتجاً في الدعوى ، أي يكون الدليل مفيداً للخصم في إثبات دعواه، سواء كان فيما يتعلق بمستندات أو محررات أو أي وقائع تتصل بالدعوى ، ويخضع تقدير قبول الدليل من عدمه لقانون القاضي الذي ينظر النزاع ، كأن يكون الدليل الذي في حوزة الخصم مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي ، كما لو كانت هناك دعوى مرفوعة أمام القاضي العراقي من قبل امرأة تطالب عشيقها بالتعويض استناداً لعلاقة غير مشروعة بينهما ، فإن القضاء العراقي لا يجيز بسماع هكذا دليل حتى وأن كان قانون دولتها يجيز ذلك . استناداً الى انه مخالف للنظام العام والآداب لدولة القاضي .

ثانياً : إذا كان الدليل لازماً للحكم في الدعوى .

وهذا الشرط يعتبر من الشروط العامة المتعلقة بمسائل الاثبات ، ولهذا فأن المادة ١٠ من قانون الإثبات العراقي تقضي بأنه "يجب أن تكون الواقعة المراد أثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها" ، فإذا كان الدليل الذي يتمسك به الخصم من شأنه أن يؤثر على عقيدة القاضي للحكم بالنزاع ، بثبوت كل أو بعض ما يدعيه طالب الإثبات فإنه يكون ملزماً للإثبات ، أو تلتزم المحكمة بالاستجابة للطلب المقدم من الخصم بإلزام خصمه بتقديم ما في حوزته من مستندات ويترك أمر تقدير قوة تأثير السند في الإثبات لسلطة المحكمة التقديرية ، ولهذا تقضي المادة ٧٣ من قانون الإثبات العراقي "إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب ، أو أن الوقائع التي يراد استجواب الخصم عنها غير منتجة أو غير جائزة الأثبات رفضت طلب الاستجواب " .

ومن خلال عرضنا السابق يتبين لنا أن القانون العراقي في شأن المعاونة في الإثبات لم يتخذ موقفاً إيجابياً في هذا المجال ولم يذهب إلى ما ذهبت إليه التشريعات في القوانين المقارنة بفرض واجب الأمانة ، أو إلى كشف الحقيقة وإنما ترك هذا الأمر للاستنباط من نصوص القوانين المتفرقة كما بينا سابقاً ، ولم يتضمن القانون قاعدة عامة تشير إلى هذا الواجب صراحة ، لذا ندعوا المشرع العراقي إلى سن قوانين تنظيم هذا الواجب لأن ذلك يحقق هدفين ، الهدف الأول هو سرعة حسم الدعاوي لأن هناك من الدعاوى ما تأخذ سنين طويلة بالترافع أمام القضاء مما يشكل عبء على القضاء فضلاً عن ارهاق المتقاضين ، والهدف الثاني هو القضاء على تعسف الخصم المماطل الذي يكيد لخصمه من خلال إخفاء الحقيقة عليه.

والخلاصة : يجب أن يتعامل الأطراف بحسن نية من خلال أتباع سلوك قويم مع خصمه الآخر ، فإذا يتبين لأحد الخصوم أن الحق في جانب خصمه سلم به ، ونزل له به من دون تعنت أو تعسف ، كما يجب على ممثلي الخصوم ، أن يهدف دفاعهم عن موكليهم على

إحقاق الحق وتحقيق العدل ، وأن لا يكون دفاعهم عن موكليهم تحقيق مآربهم سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة. ولا ريب لو اتبع هذا المنهج لقلة كثير من المنازعات ، وأستراح المتخاصمون والقضاة من دعاوى لا يقصد بها إلا المماطلة والتعسف اتجاه الخصم الآخر ، لكن نلاحظ ان مبدأ المعاونة بين الخصوم يتسم بالمثالية الى حد ما ، فقد لا نلمسه في الواقع العملي إلا ما ندر ، وهناك آليات اخرى تتسم بواقعية وفعالية أكثر في تحقيق سرعة الفصل في الدعوى ، وهو ما سنراه في المبحث الآتي .

المبحث الثاني

الاستوبل الإجرائي كوسيلة لمعالجة التعسف

أن مصطلح الاستوبل الإجرائي Estoppel يعبر عن قاعدة إجرائية شكلية تطبق في المنازعات القضائية لغرض منع تناقض الأقوال والأفعال ، وللاستوبل الاجرائي دور فعّال في معالجة التعسف الاجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة ، ولغرض بيان مفهوم الاستوبل الاجرائي ومدى فعّاليته في القضاء على تعسف الخصم المقابل لابد لنا من تقسيم المبحث الى المطالب الآتية:

المطلب الاول : تعريف الاستوبل الاجرائي .

المطلب الثاني : طبيعة الاستوبل الإجرائي .

المطلب الثالث : خصائص الاستوبل الإجرائي.

المطلب الرابع : دور الاستوبل في معالجة التعسف الاجرائي .

المطلب الاول

تعريف الاستوبل الاجرائي

الاستوبل" هو عدم قبول أو مانع قانوني للدعوى في نفي الوقائع أدعاء أولي أو مسلك سابق ، ويمنع على الشخص المثار اتجاهه الاستوبل من أن يدحض واقعة ، أو يقيم دليلاً معاكساً لها" (٣٠) .

وعلى ذلك فأن الاستوبل الإجرائي يمنع الشخص قانوناً من أن يحتج أو ينكر واقعة أو مجموعة وقائع نتيجة لاحتجاجه أو إنكاره لها أو أن يتخذ سلوكاً مغايراً لسلوكه السابق أو قبوله السابق

فإذا تسبب (س) بمسلكه إلى دفع (ص) إلى الاعتقاد بوجود حالة واقعية معينة وتصرف (ص) على نحو تسبب في ألحاق الضرر بنفسه في تأثير هذا الاعتقاد فأن (س) يمتنع عن التمسك ضد (ص) بوجود حالة واقعية أخرى مناقضة للأولى.

ويعد القانون الإنجليزي من القوانين التي نصت صراحة على عدم تناقض الدعوى كشرط لقبولها وفحص موضوعها ، ووضعت لذلك جزاء هو عدم القبول في حالة النقض (٣١).

وقد عرف القانون الإنجليزي (٣٢) فكرة الاستوبل Estopel والتي تعد من المبادئ المهمة في هذا النظام، "وهي وسيلة دفاعية ترمي إلى منع نظر أدعاء المدعي ، وهذه الوسيلة يستخدمها الخصم المدافع أثناء سير الدعوى ، (شبهها البعض كمن يضع سدة "Baill on" في فم الخصم لإسكاته ومنعه من الادعاء بمزاعم تبدو متناقضة تناقضاً واضحاً مع وقائع ثابتة تتعلق بصفة الحقيقة التي لا تقبل التناقض" (٣٣).

وهذا المبدأ بصفة عامة يعني منع أو صد الشخص من التناقض مع نفسه في صحة الوقائع التي سبق وأن قرر شيئاً صراحة أو ضمناً من إنكار هذا الإقرار عن طريق المنازعة منه مرة أخرى بادعاء يتناقض مع ما سبق أن أدعاه ، فوظيفته تتماشى مع وظيفة وآلية عدم القبول أو عدم سماع الدعوى لسبق الفصل فيها، فالشخص مثلاً الذي يسعى إلى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه (٣٤).

ويمكن القول بأنه يوجد أستوبل كل ما كان هناك رفع دعوى أو دفع يناقض دفع سابق عليه، أو ما سبق أن أثبته الشخص بنفسه بصرف النظر عن مطابقته للواقع من عدمه.

ويهدف هذا المبدأ إلى تأكيد حقيقة الوقائع الثابتة في صحتها ووجودها ، والتي تعد قاطعة تترتب عليها آثاره ، بما لا يشك في صلاحيتها عند الأدلاء بها أثناء النزاع ، والأثر العام الذي يترتب على هذه الفكرة هو تأمين وحماية الواقع القانوني ، أي الإبقاء على الواقع الظاهرة (٣٥).

كما يعد مبدأ الاستوبل مبدأ عام يكمن في كونه وسيلة دفاعية محضة ، فلا يجوز للخصم أن يستفيد من تناقضات سلوكه الإجرائي لألحاق ضرر بالآخرين ، فليس للخصم أن يستفيد من تناقضاته عندما تؤدي عن طريق أخطائه وأفعاله غير المشروعة إلى حرمان الخصم من حقوقه أو تمنعه من ممارستها أو تلحق به ضرراً (٣٦)، أما الآثار القانونية التي تترتب على التناقض ، فأنه إذا ألتزم طرف ما بموقف معين وعبر عنه باعترافه أو سلوكه أو ادعاءه أو تصريحه أو سكوته وكان هذا المسلك يتعارض أو يتناقض مع الحق الذي يدعيه أمام المحكمة يمتنع عليه المطالبة به وترد المحكمة هذا الطلب (٣٧).

وهذا يعني أن الاستوبل يعد قيداً على الخصوم من الادعاء بدعاوي كيدية القصد منها الحاق ضرر بالخصم الآخر وهي كما تشمل أطراف الدعوى الأصليين ، فأنها تشمل كذلك كل

من له مصلحة بالدعوى كالمتدخل بالدعوى والشخص الثالث أو أن يرتبط بها برابطة ما ، ويجب أن يثار الدفع الاستوبل بواسطة الخصم في مواجهة خصمه ، ولا يمكن إثارته بواسطة أجنبي[٣٨].

والخلاصة أن مبدأ الدفع بالا ستوبل يحتم على الخصم أن يكون سلوكه أثناء المنازعة متآلفاً ومتناغماً مع ما سبق أن أتخذه من مواقف قانونية أو واقعية ، استجابة لمبدأ حسن النية في ممارسة الحقوق وتنفيذ الالتزامات [٣٩]، كما أن هذا المبدأ يضمن لكل طرف ممارسة حقوقه وأداء واجباته وهو مطمئن من خشية أن يقوم الطرف الآخر في يوم ما يتغير أو تعديل مواقفه وسلوكياته وأن يتنكر لحقوق لم يتنكر لها سابقاً ، فهذا المبدأ نابع من حسن النية الذي يفرض على الخصوم قول الحقيقة ومنع التعسف بين الأطراف.

وأخيراً فأنه يجب لتطبيق الاستوبل من قبل القضاء أن يكون هناك تناقض بين سلوكين متتالين ومنفعة ناتجة عن هذا التناقض في السلوك ، وأن يسبب هذا التناقض ألحاق ضرر بالخصم لآخر الذي أطمئن وأعتمد على السلوك الأصلي لخصمه و الجزاء المترتب على ذلك هو عدم القبول [٤٠].

المطلب الثاني
طبيعة الاستوبل الإجرائي

لتحديد مفهوم الاستوبل الإجرائي لابد من الوقوف على طبيعته في قانون المرافعات ، فهل الاستوبل الإجرائي وسيلة وقائية أم هجومية ؟ وما مدى تعلقه بالنظام العام ؟ وهل هو مسألة واقع أم قانون أم الأثنين معا؟ وهو ما سوف نقوم بمناقشته في هذا الفرع وعلى النحو الآتي :

أولاً : مدى اعتبار الاستوبل الإجرائي وسيلة وقائية أو هجومية .

أن معرفة كون الاستوبل وسيلة دفاعية أم هجومية يختلف بحسب النظام القانوني الذي يتبناه ، فلأستوبل في القانون الإنجليزي يعتبر وسيلة دفاعية بحتة على عكس ما هو في النظام الأمريكي حيث يعد الاستوبل وسيلة هجومية أساسها فكرة الاعتماد [٤١] reliance وكذلك الأمر بالنسبة للنظام الأسترالي الذي يؤسس الاستوبل على فكرة التصرف دون ذمة أو ضمير

(٤٢).

وأن سوء نية الخصم المتناقض من عدمها هو الذي يحدد من كون الاستوبل وسيلة دفاعية أم هجومية فإذا أشترط سوء نية الخصم المتناقض لمواجهته بالا ستوبل يجعله (أي الاستوبل) وسيلة هجومية ، أما إذا لم يشترط سوء نية الخصم يكون الاستوبل وسيلة دفاعية تحمي حسن نية الخصم الذي وقع ضحية التناقض (أي الخصم الذي يتمسك الاستوبل) (٤٣). وعليه فإذا كان الاستوبل وسيلة دفاعية كان دور حسن النية محدوداً في هذا النظام (٤٤). بينما يتعاظم دور حسن النية إذا كان الاستوبل وسيلة إجرائية هجومية (٤٥). أما إذا لم يلحق الشخص الذي وقع ضحية التناقض الإجرائي ضرراً فيكون دور الاستوبل دفاعياً وهو الحكم بعدم القبول(٤٦).

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الفقه من أن الاصل يعد الاستوبل وسيلة وقائية تهدف إلى حماية الثقة المشروعة عند الخصم حسن النية والتي أعتمد عليها من وقائع أو أدعاء أولي أو مسلك سابق ، ثم عصف بها الخصم المتناقض في سلوكه الإجرائي اللاحق ، ويعتبر الاستوبل هجومياً في حالات استثنائية إذ تولد عنه ضرر أصاب الخصم المتمسك به ناتج عن الكيد أو المماطلة في أمد القضية وبذلك يكون التعويض المبني على التعسف في استعمال الحق علاجاً للإستوبل ، دون الوقوف فقط على الحكم بعدم القبول (٤٧).

ثانياً : مدى اعتبار التمسك بالا ستوبل دفعاً موضوعياً أم شكلياً أو عدم قبول .

هناك ثلاثة اتجاهات ، الاتجاه الأول (٤٨) يذهب إلى أن الاستوبل الإجرائي يعد دفعاً موضوعياً على أساس أنه قاعدة أثبات الحق الموضوعي (٤٩) فمضمونه هو أنه لا يجوز للشخص الذي نشأت القاعدة ضده أن يقدم بينة مناهضة لتلك الوقائع المشمولة بهذه القاعدة ، بينما هناك رأي من أنصار هذا الاتجاه ، يعتبر الاستوبل دفعاً موضوعياً على أساس أنه قاعدة موضوعية ينتج عنها رفض القضية موضوعياً عندما يكون هناك تناقض بين الادعاءات على مستوى القضية الواحدة ، كأن يتمسك المدعي بواقع أو قانون ثم يتنازع في نفس الوقت بوجودهما أو صحتها .

أما الاتجاه الثاني (٥٠) فذهب إلى اعتبار الاستوبل الإجرائي دفع بعدم القبول على أساس أن دور الاستوبل بحسب مضمونه مانع قانوني يمنع الطرف من أدعاء أو أنكار واقعة معينة تمت بفعله السابق.

وأخيراً يذهب الاتجاه الثالث (٥١)إلى اعتبار الاستوبل دفعاً إجرائياً أقرب إلى الدفع بعدم القبول من حيث الاثر ، لأن الدفع بعدم القبول يعني عدم قبول الطلب أو الدفع دون الدخول

في موضوعه لأن الخصم لم يستوفِ شروط قبولها المنصوص عليها في القانون كانتفاء شرط المصلحة أو الصفة ، فليس لديه الحق في سماع دعواه أو إبداء دفوعه وطلباته ، ومن خلال الربط بين الدفع بعدم القبول والتناقض الإجرائي نلاحظ التناقض يعد شرطاً قانونياً بعدم قبول الدفع أو الدعوى شأنه شأن الدفع بعدم القبول ، وعليه فإن عدم التناقض يعد شرطاً قانونياً لمنح الخصم الحق في الدفع أو الدعوى ، وهذا الشرط كما يقول الفقه الفرنسي مؤسساً على فكرة الأمانة "loyauté" .

وبإزاء ذلك فأن الاستوبل لا يمكن أن يكون قاعدة موضوعية كما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول ، لأن القاعدة الموضوعية تكون أساساً للدعوى ، وهذا ينافي الدور الدفاعي للاستوبل في النزاع كما لا يمكن أن يكون الاستوبل قاعدة إجرائية ــ فلو كان كذلك سيستخدم حقاً من قبل طرفي الدعوى ممن يكون في مركز المدعي أو المدعي عليه ، وهذا ايضاً ينافي الدور الدفاعي للاستوبل الذي لا يمكن التمسك به إلا ممن كان في مركز المدعى عليه (المدافع) وليس المدعي (المهاجم) وإذا أعتبر أخيراً كدفع بعدم القبول فسوف يكون حتماً وسيلة إجرائية دفاعية يستخدم فقط من هو في مركز المدعي عليه.

ونرى أن الاستوبل الإجرائي هو دفع من نوع خاص أقرب إلى الدفع بعدم القبول وهو الذي يجعل الاستوبل وسيلة دفاعية وليس هجومية بحيث لا يمكن أبداؤه إلا ممن كان في مركز المدعي عليه المدافع، وبالتالي يعد الاستوبل وسيلة لحماية الثقة المشروعة في التعامل.

ثالثاً : مدى اعتبار الاستوبل الإجرائي من مسائل القانون أو الواقع [٥٢] .

يعد مبدأ الاستوبل من المبادئ العامة للقانون والتي تنتمي إلى قواعد العدالة التي لا يحتاج نصاً قانونياً لأعمالها ، حيث تقوم على اعتبارات أخلاقية واجتماعية تهدف إلى تهذيب القضية، تقرها الجماعة في المجتمع ويضمنها المشرع في نصوصه وأن كان بطريقة ضمنية ، لذلك فلأستوبل مبدأ قانوني محض يجب على قاضي الموضوع التأكد من توافر عناصره وشروطه ، وهو يخضع لرقابة محكمة النقض ، ويمكن إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض [٥٣].

بإزاء ذلك يعد الاستوبل من مسائل القانون عندما يكون هناك تناقض بين الادعاءات على مستوى القضية الواحدة ، كما لو تمسك المدعي بواقع أو قانون في دفع أولي ثم ينازع بوجوده أو صحته في الوقت نفسه ، ويجوز للقاضي أن يثير الدفع بالا ستوبل من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى طلب من ذوي الشأن على اعتباره هو الخبير في القانون [٥٤].

ويرى الفقه أن الاستوبل يعد دفعاً من النظام العام والذي يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى أو الإجراءات نتيجة للمزايا العديدة التي يسعى إلى تحقيقها ، كالقضاء على ظاهرة البطء في التقاضي وتعسف الخصوم ، أما عن إثارة الدفع بالا ستوبل في أي حالة تكون عليها الدعوى أو الإجراءات فلا يرجع إلى تعلقه بالنظام العام ، وإنما إلى اعتباره بحسب الأصل، دفعاً بعدم القبول ، والدفع بعدم القبول دفع إجرائي يتعلق بالموضوع[٥٥].

المطلب الثالث

خصائص الاستوبل الإجرائي

للاستوبل الإجرائي خصائص تميزه عن باقي الأحكام القانونية الإجرائية التي تهدف أيضاً إلى حماية الثقة المشروعة في العلاقات والروابط القانونية الإجرائية ، وتتمثل هذه الخصائص على النحو الآتي :

أولاً: الاستوبل الإجرائي مبدأ غير مكتوب .

كما تقدم فإن الاستوبل ظهر في الأنظمة القانونية الانجلو سكسونية ، ولهذا يعد نظاماً قانونياً غير مكتوب على الرغم من النص عليه في قانون الإجراءات الفيدرالي الأمريكي حيث يعد من الدفوع الإجرائية الإيجابية استناداً للقاعدة الثانية منه[٥٦]، وهو كذلك مبدأ غير مكتوب في الأنظمة اللاتينية كما في فرنسا ، وعلى الرغم من ذلك يمكن اعتباره قاعدة من قواعد العدل والإنصاف وتقضي العدالة بأنه إذا أدعى مسلك اتخذه شخص كالقول أو فعل إلى أن يجعل الآخرين يعتقدون بهذا المسلك ، فأن القانون لا يسمح لهذا الشخص تغيير سلوكه أو قوله، فليس من العدل أو الإنصاف أن يرجع عنه [٥٧].

ويعد الاستوبل الإجرائي مبدأً غير مكتوب كسائر العديد من المبادئ الإجرائية من مختلف الأنظمة القانونية في العالم ، كمبدأ حسن النية والوضع الظاهر الإجرائي والأمانة الإجرائية والتعسف في استعمال الحق الإجرائي ولهذا يمكن اعتبار الاستوبل متأصل من العرف أو القانون الطبيعي أو قواعد العدالة [٥٨] .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأن "... تحت ظل مبدأ حسن النية المهيمن على الوسط التجاري تم إبراز وتكريس ما يعرف بقاعدة الاستوبل Estoppel والمعروفة في اللغة القانونية العربية بقاعدة عدم التناقض إضراراً بالغير ، وبمقتضاها يمكن إحباط مسعى الخصم من الاستفادة من أقواله وسلوكياته ومواقفه القانونية المتناقضة للحصول على منافع على حساب خصمه. هذه القاعدة – مع اختلاف تسميتها حسب النظام القانوني المعمول به –

صارت مطبقة بشكل صريح ومباشر بل غدت أمراً مقتضياً بحسبانها من المبادئ القانونية المبدئية التي لا يجوز إغفالها أو إنكارها وإلا أعتبر ذلك ، وفي محصلته النهائية ، هدماً لقيم العدالة ذاتها والتي تنحاز إليها كل جماعة ولا تفرط فيها" (٥٩).

والمحكمة عندما تفصل بالقضية لا تتقيد بالنصوص القانونية فقط ، بل تمتد سلطتها إلى تطبيق المبادئ ، أما بصفة احتياطية بجانب النصوص القانونية ، أو بصفة أصلية حال عدم وجود نص قانوني يطبق على النزاع المعروض كمبادئ الشريعة الإسلامية أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، كما هو الوضع في القانون المدني العراقي حيث تنص المادة الأولى منه على أن "... ٢- فإذا لم يجود نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة".

ونعتقد أن الاستوبل الإجرائي ، وفقاً للقانون العراقي ، يعد مبدأً دستورياً له قيمة دستورية وفقاً لنص المادة الثانية الفقرة الأولى من الدستور الحالي والتي تنص على أن "الإسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدر أساسي للتشريع"، كما أن الاستوبل الإجرائي يعد مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية ، ومن المبادئ التي نصت عليها شريعتنا الإسلامية والتي تتطابق مع فكرة الاستوبل الإجرائي ما نصت عليه المادة ١٠٠ من مجلة الأحكام العدلية من أن "كل من سعى إلى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه".

ولا يبرر من كون الاستوبل الإجرائي مبدأ غير مكتوب ، من أنه لا يترتب عليه جزاءات إجرائية عند مخالفة أحكامه كوسائل علاجية له ، كعدم القبول بحسب الاصل أو التعويض أو الغرامة إذا نتج عنه ضرر ، فوجود تلك الجزاءات الإجرائية دليل على وجوده وأن لم يكن غير مكتوب (٦٠).

ثانياً : الاستوبل الإجرائي مبدأ مستقل .

يعد الاستوبل الإجرائي في الأنظمة القانونية التي تتبناه صراحة أو ضمناً ، وسيلة لمكافحة التناقض الإجرائي في سلوكيات الخصم المراوغ ، فهو مبدأ مستقل من الأفكار القانونية الأخرى التي تواجه تناقضات الخصم ، كمبدأ حسن النية الإجرائي ، فعلى الرغم من تداخلهما في حماية الثقة المشروعة للخصم إلا أنهما يتمايزان فلأستوبل الإجرائي نشأ في ظل القانون الإنجليزي الذي لا يعرف مبدأ حسن النية (٦١) حيث يعتمد هذا النظام على مبدأ يسمى (مؤسسة العدالة institution of equity) كما يتميز الاستوبل الإجرائي عن مبدأ حسن النية إذ أن هذا الأخير يقوم على معيار شخص بحت، أما الاستوبل الإجرائي فيقوم على اساس

معيار موضوعي وهو التناقض في أقوال ودفوع الخصم التي يبديها في اثبات دعواه ، وأخيراً فإن جزاء الاستوبل كأصل هو عدم القبول ، بينما يترتب على مخالفة مبدأ حسن النية رفض الطلب من حيث الموضوع ، أي أن الاستوبل يثير مسألة عدم القبول دون الخوض في موضوع الطلب أما حسن النية فيتجاوز مرحلة القبول ويخوض في موضوع الطلب [٦٢].

كما أن الاستوبل الإجرائي يختلف عن التنازل الضمني بالرغم من تداخلهما من حيث الجزاء وهو عدم القبول عند تحققهما ، لكن هناك فروقاً بينهما تتمثل من أن التنازل الإجرائي أساسه الإرادة المنفردة ، بينما الاستوبل الإجرائي يظهر في علاقة بين طرفين ، الأول يتخذ مسلكاً والثاني يعتمد ويثق بهذا المسلك، وكذلك يهدف التنازل في الأنظمة الانجلو سكسونية أساساً ، لضمان وحماية أمن وسلامة العلاقات التعاقدية ، بينما يهدف الاستوبل حماية الثقة المشروعة حتى في خارج العلاقات التعاقدية ، كما أن التنازل عمل قانوني انفرادي (أحادي الجانب) بموجبه يتخلى الفرد عن حق له عبر المفاضلة بين إجراءين محتملين ، بينما الاستوبل الإجرائي عمل قانوني مزدوج (ثنائي الجانب) ينحصر في سلوك الخصم المتناقض ورد فعل الخصم ضحية التناقض[٦٣].

ويذهب البعض إلى أن من مظاهر التمييز بينهما هو الاستوبل يعد مبدأ يتعلق بالنظام العام الداخلي والدولي ، بينما التنازل الإجرائي يقيده النظام العام ، فقواعد الإجراءات لا يمكن التنازل عنها[٦٤]. ومن جانب آخر فأن الاستوبل الإجرائي يختلف عن الوضع الظاهر الإجرائي[٦٥]، على الرغم من تشابهما في حماية الطرف حسن النية وحماية الثقة المشروعة ، ولكنهما يختلفان في الأثر ، فأثر الوضع الظاهر نفاذ التصرف الصادر من صاحب المركز الفعلي وأن لم يكن صاحب المركز الحقيقي بينما الاستوبل الإجرائي أثره رد الخصم أو منعه من الرجوع عن سلوكه الأولي بمسلك لاحق عليه ومتناقض معه[٦٦]. كما أن الوضع الظاهر لا يفترض وجود تناقض في السلوك الإجرائي ، بل هو يتعلق بانتحال صفة أو منحها على خلاف الحقيقة، كما أن الوضع الظاهر مسألة واقع لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز للمحكمة أثارته من تلقاء نفسها ، بينما الاستوبل وسيلة إجرائية تتعلق بالنظام العام ، بل النظام العام الدولي ، خصوصاً في مسائل التجارة الدولية [٦٧].

وأخيراً فإن الاستوبل الإجرائي يختلف عن التعسف الإجرائي على الرغم من أنهما يتشابهان في كثير من الأمور ، حيث أنهما تهدفان في تهذيب سلوك الخصم في النزاع وحماية الثقة المشروعة، لكن نظرية التعسف في استعمال الحق تعتمد على معايير شخصية بحتة كمعيار قصد الأضرار بالغير ، بينما الاستوبل الإجرائي دائماً يكون موضوعياً وهو التناقض

بين سلوكيات الخصم الإجرائية في القضية الواحدة [٦٨] .

أذن الاستوبل الإجرائي مبدأ مستقل يهدف إلى حماية الثقة المتولدة لدى الطرف الآخر ، فهو قد يشابه أو يتلاقى مع الوسائل الإجرائية الأخرى وقد يختلف عنها في مواضع أخرى.

ثالثاً: الاستوبل الإجرائي مبدأ عالمي .

يعد مبدأ الاستوبل مبدأ عاماً من مبادئ التجارة الدولية ، أن دخول الاستوبل لنطاق التجارة الدولية على الرغم من أنه ذات أصل انجلو أمريكي له ما يبرره ، حيث أن مبدأ حسن النية يعتبر مصدراً للاستوبل الإجرائي ، وبما أن هذا المبدأ الأخير يعد من المبادئ العالمية الذي يوجد في معظم النظم القانونية للدول المختلفة ، وتماشياً مع مفاهيم التجارة الدولية وما يترتب عليها من نقل أشخاص وبضائع ورؤوس أموال عبر الدول المختلفة وما يحدث عن ذلك من منازعات ، باتت ظاهرة لجوء الأفراد إلى محاكم عدة دول مختلفة أمراً متطلباً لكسب دعواهم وللذود عن حقوقهم ، وينتج عن ذلك احتمالية ظهور تناقضات في سلوكياتهم الإجرائية حينما يتقاضون أمام القضاء الوطني بصدد سلوك هم تبنوه سابقاً ، أو قانون هم أنفسهم اختاروا تطبيقه أمام القاضي الأجنبي[٦٩].

ولما كان نظام التحكيم التجاري الدولي وسيلة نموذجية لفض المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية ، فقد أسهمت تلك الوسيلة بتدويل فكرة (الاستوبل) وسفرها حول العالم واستقبالها من قبل دول مختلفة باختلاف الثقافات والأنظمة القانونية التي تبنته ، وأول من استقبل هذه الفكرة من الأنظمة القانونية اللاتينية النظام القانوني الفرنسي [٧٠]، وكان ذلك في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث تبنت محكمة النقض الفرنسية في ٦ يوليو ٢٠٠٥ قاعدة الاستوبل للحكم بعدم قبول الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المقدم في الخصم الذي لجأ إلى التحكيم وشارك في إجراءاته دون تحفظ منه لمدة تزيد عن تسع سنوات [٧١] .

وكذلك تم استقباله في مصر عن أول حكم أشار إليه صراحة ، وأيضاً كان في مجال التحكيم ، كان ذلك بتاريخ ٥ فبراير ٢٠١٣، الذي صدر عن محكمة استئناف القاهرة الدائرة التجارية حيث قضى بأن "في التحكيم وتحت ظل مبدأ حسن النية المهيمن على الوسط التجاري تم إبراز وتكريس ما يعرف بقاعدة الاستوبل Estoppel والمعروفة في اللغة القانونية العربية بقاعدة عدم التناقض أضراراً بالغير بمقتضاها يمكن إحباط مسعى الخصم من الاستفادة من أقواله وسلوكياته ومواقفه القانونية المتناقضة للحصول على منافع على حساب خصمه ، هذه القاعدة مع اختلاف تسميتها حسب النظام القانوني والمعمول به صارت مطبقة بشكل صريح ومباشر، بل غدت أمراً مقتضياً بحسبانها من المبادئ القانونية المبدئية التي لا يجوز إغفالها أو

إنكارها وإلا أعتبر ذلك ، وفي محصلته النهائية ، هدماً لقيم العدالة ذاتها والتي تنحاز إليها كل جماعة ولا تفرط فيها" [٧٢] .

وعلى الرغم من عالمية الاستوبل الإجرائي إلا أنه لم يلق قبولاً في كل الأنظمة القانونية بسبب غياب توحيد الاستوبل عالمياً أو تدويله عن طريق الاتفاقيات والمعاهدات التي تعقد ما بين الدول ، وبذلك فأن الاستوبل يطبق بمفهومين عند الدول التي تتبناه وبحسب الفلسفة القانونية التي تتبناها تلك الدول ، فإذا كان النظام القانوني يتبنى الفلسفة الانجلو سكسونية في هذه الحالة يعتمد على تحليل سلوك كل من الخصم المتناقض ومدى اعتماد الخصم الآخر – ضحية التناقض – على سلوك الخصم الأول ، أما إذا كان النظام القانوني يتبنى الفلسفة اللاتينية فأن الاستوبل هنا يقترب من مبدأ حسن النية المعتمد في هذا النظام وهنا يتم الاعتماد على تحليل سلوك الخصم المتناقض فقط دون الخصم الآخر وفيما إذا كان تناقضه ينبئ عن سوء نية دون تحليل سلوك الخصم الآخر وما إذا كان قد أعتمد على سلوك الخصم الأول من عدمه[٧٣].

المطلب الرابع

دور الاستوبل في معالجة التعسف الاجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة

بعد أن أتضح لنا مفهوم الاستوبل الإجرائي فهل يصلح الاستوبل كوسيلة لمعالجة التعسف في استعمال الحق الإجرائي في العلاقات الخاصة الدولية ؟

يعد الاستوبل وسيلة إجرائية تصلح كأساس لمعالجة التعسف الإجرائي عن طريق تهذيب سلوك الخصم في الدعوى وتهذيب الدعوى عامة وحماية الثقة المشروعة خاصة ، فلأستوبل في النظام الإنجليزي والفرنسي يهدف إلى جبر الضرر الذي لحق بالخصم ضحية الاستوبل ، وبذلك يصلح الاستوبل كوسيلة لجبر الضرر الناتج من تعسف الخصم عندما يكون هناك ضرر بالخصم الآخر ، كما يمكن أن يكون له دور وقائي قبل وقوع الضرر وهو عدم قبول التناقض في سلوكيات الخصم والتي يقصد من ورائها إطالة أمد النزاع كيداً لخصمه[٧٤].

وعليه فأن للخصم الحق بأن يستعمل حقه الإجرائي في التقاضي والدفاع ، ومكناته القانونية في إبداء أوجه الطلبات والدفوع لتوجيه قضيته والحصول على حكم لصالحه [٧٥]، ولكن قد يحدث أن الخصم عند استعماله لحقوقه ومكناته الإجرائية قد يقع في تناقض في سلوكياته بقصد الإضرار بالخصم الآخر ، أو كانت المصالح التي يرمي إليها لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو إذا كانت المصالح التي يرمي إليها غير مشروعة ، وهي حالات التعسف في استعمال الحق الواردة في المادة ٧ من القانون المدني العراقي[٧٦].

فإذا كان الاصل أن للخصم أن يستعمل حق الدفاع ، بأن يقدم ما لا يشاء من طلبات أو دفوع أو حجج أو أي وسيلة من وسائل الدفاع ، لكسب دعواه أو على الأقل دفع الخسارة شرط أن تكون وسائل الدفاع منسجمة مع بعضها ومع الغاية منها ، ومتسقة مع بعضها دون تعارض أو تضارب أو تناقض أضراراً بخصمه الآخر ، وإلا عد ذلك خروجاً عن الحدود الموضوعية لحق الدفاع ينتج عنه المسؤولية التقصيرية عن هذا الإخلال [٧٧].

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن "أن حق الالتجاء إلى التقاضي ، وأن كان من الحقوق العامة التي يثبت للكافة ، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به مما شرع له واستعماله كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الإضرار التي تلحق الغير بسبب اساءة استعمال هذا الحق ، ومسألة الخصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضي يقتضي وجوب إيراد الحكم للعناصر الواقعية والظروف التي يصح

استخلاص نية الانحراف والكيد منها استخلاصاً سائغاً" [٧٨].

ومن مظاهر قصد الأضرار كأحد معايير التعسف من استعمال الحق، أن يدلي الخصم بدفوع ، وأن يقدم طلبات عارضة متناقضة يقصد إطالة أمد النزاع وعرقلة الفصل في الدعوى بنية الكيد للخصم الآخر.

لذلك يمكن أن يكون للاستوبل دوراً في معالجة تلك الوسائل التي لا يقصد منها سوى الإضرار بالغير لأن في تناقض الخصم في سلوكياته الإجرائية إضراراً بالغير يعتبر مصلحة غير مشروعة تخالف القانون والنظام العام والآداب العامة ، ولذلك يكون الجزاء هو عدم قبول الادعاءات التي تتعارض مع مسلك سابق للخصم في الدعوى أعمالاً لهذا المبدأ[٧٩].

أن أول بدايات ظهور الاستوبل الإجرائي في فرنسا ظهر في مجال التجارة الدولية ، خاصة في التحكيم التجاري الدولي ، ثم في مجال الأحكام العامة للعقود ، وفي مجال الإجراءات المدنية [٨٠].

وقد برر الفقه الفرنسي ذلك [٨١] ، بأن قانون المرافعات الفرنسي ، سواء في نصوص التقاضي أمام المحاكم أو التحكيم ، تتضمن نصوصه على تطبيقات صريحة أو ضمنية لمبدأ الاستوبل الإجرائي ، كما هو في المادة (١٤٦٦) من قواعد التحكيم الفرنسي من قانون المرافعات المعدل في ٢٠١١ الجديد والتي تعد تطبيقاً لمبدأ الاستوبل الإجرائي في مجال التحكيم والتي مفادها "أن الخصم الذي يمتنع عن التمسك في وقت مناسب عن بطلان الإجراءات أما محكمة التحكيم مع علمه بالسبب وبدون مبرر مشروع يعد متنازلاً عن إثارته"[٨٢].

ثم تبنى القضاء الفرنسي الاستوبل الإجرائي بالإشارة إليه صراحة أو ضمناً ليس فقط في مجال التحكيم الدولي وإنما في مجال قانون المرافعات المدنية، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ٦ يوليو ٢٠٠٥ في المنازعة الإيرانية الأمريكية [٨٣]وهو أول حكم أشار صراحة إلى مبدأ الاستوبل estoppel بدون ترجمة في مجال التحكيم ، حيث قضت بأن "الخصم الذي طلب التحكيم أمام محكمة التحكيم في المنازعات الإيرانية – الأمريكية، وشارك بدون أبداء أي تحفظ أكثر من تسع سنوات في إجراءات التحكيم يكون من غير المقبول منه ، تطبيقاً لقاعدة (الاستوبل) الادعاء بوسيلة مناقضة بأن المحكمة تقرر في ظل عدم وجود شرط التحكيم أو بطلانه"، ثم توالت أحكام النقض الفرنسية بالنص صرحة على مبدأ الاستوبل في أحكام كثيرة[٨٤].

أن التطور الحديث والمتسارع في مجال التجارة الدولية نتيجة للتقدم التكنولوجي

وسهولة المواصلات أدى إلى سرعة كثرة المبادلات التجارية مما نجم عن ذلك كثرة المنازعات المطروحة في هذا المجال مما يدعوا إلى تدويل قانون المرافعات وجعله قانوناً موحداً عالمياً، أو جعل فكرة القضية فكرة عالمية موحدة ، أياً كان النظام القانوني المتبع بين مختلف الدول، ومن مظاهر تدويل القضية هو استقبال أو استقطاب مفاهيم وأفكار قانونية أجنبية عن الدول الجاذبة لها ومنها فكرة (الاستوبل الإجرائي)، وتطبيقاً لمفاهيم التجارة الدولية أصبح ظاهرة التجاء الاشخاص إلى محاكم عدة دول مختلفة لكسب دعواهم ظاهرة مفروضة وموجودة وينتج عن ذلك احتمالية ظهور تناقضات من هؤلاء من سلوكياتهم الإجرائية عند طرح منازعاتهم أمام القاضي الوطني تنبئ عن قصد سيء لألحاق ضرر بالخصم الآخر عن طريق تبني سلوكيات متناقضة في القضية الواحدة [٨٥].

وبذلك يكون الجزاء في حالة تعسف أحد أطراف الدعوى هو (عدم القبول)، وقد يكون من الاسباب التي دعت إلى وضع نظرية التعسف بين المبادئ العامة للقانون هو الدور الوقائي الذي تلعبه في تحقيق الرقابة والإشراف على استعمال الحق على نحو يحول دون التعسف في استعماله [٨٦]، فمن الأولى عدم الانتظار حتى يقع الضرر وإنما الأجدى من ذلك منع حدوثه من البداية [٨٧]، وأن الدور الوقائي لهذه الفكرة يبدو أكثر ظهور في المجال الإجرائي بحكم الحاجة الماسة إلى طلب الحماية القضائية للمراكز القانونية ، بحيث يسمح هذا المبدأ للقاضي بفرض رقابة على استعمال الحق الإجرائي في مرحلة متقدمة ومدى انطباق هذا الاستعمال مع غاية وهدف هذا الحق[٨٨] ، فإذا تبين انعدام المصلحة من استعمال الحق الإجرائي بنية الإضرار بالخصم الآخر ، كان له منع هذا الاستعمال قبل أن يلحق ضرر بالخصم الآخر واستخلاص نية الإضرار بالغير تخضع لتقدير القاضي التي يدلل من خلالها على الكيدية والانحراف المترتب على تلك النية ، فهو من العناصر القانونية التي تخضع لرقابة محكمة التمييز [٨٩] .

ونخلص إلى أن الاستوبل الإجرائي يلعب دوراً وقائياً مانعاً من التعسف، لأن نظرية التعسف تلعب دوراً مزدوجاً في الرقابة والإشراف على الحقوق بصورة عامة وتطرح في هذا المجال مشكلة أعمق بكثير من مسألة المسؤولية ألا وهي مشكلة أداء الحق لدوره في أتساق وانسجام دون تناقض مع غيره عن الحقوق ، وهذه المرحلة سابقة على مرحلة المسؤولية وتتحقق بالمبادرة إلى وضع حد لاستعمال الحق ، فإذا تبين أنه يهدد التوازن القائم بين الحقوق يقرر القاضي (عدم قبول) وهو ما يكرس الدور الوقائي لهذه الفكرة والذي يعمل على الحد من تجاوز أو انحراف استعمال الحق إلى أكثر من هذا القدر ويحول دون الوصول به إلى مرحلة

المسؤولية أو ما يمكن أن يوصف بالتعسف أو بمعنى آخر ، عندما يثار الطابع الوقائي لفكرة التعسف[٩٠]. فإن دور (الاستوبل الإجرائي) هو أنه يحول بين الحق وبين التعسف ، أي انه يمنع الحق من

الوصول إلى المرحلة التي يطلق عليها (التعسف) وبالإضافة إلى الدور الوقائي الذي يلعبه الاستوبل ، فهو يحقق السرعة في التقاضي مما يؤدي إلى تفعيل دور القضاء والعدالة لأن العدالة البطيئة موت للحقوق وهدم للمراكز ، وذلك من خلال منع السلوكيات والتصرفات غير المنضبطة للخصم ، التي يقصد من ورائها إطالة أمد النزاع والتسويف والمماطلة ، وعلى ذلك يقتضي تنقية الدعوى من التناقضات التي تعصف بالثقة المشروعة أمام المحاكم الوطنية أو الأجنبية بالنسبة للخصم ، وللاستوبل الإجرائي دور هام وفعال في منع الخصوم من التناقضات في سلوكهم الإجرائي ، مما لها إضرار على الخصم من ناحية وعلى سير القضاء وفعاليته من ناحية أخرى.

الخاتمـــــــــــــــــــــــــــــــة

وهكذا ـــــــــــ بعون الله وفضله ـــــــــــ نكون قد انتهينا من بحثنا الذي نرجو أن نكون من خلاله قد وفقنا بأن نقدم شيئاً يستحق الاهتمام على من يريد أن يستفيد من موضوع هذا البحث ونأمل أن نكون قد أسهمنا بتوفير الجهد والعناء على من يريد أن يسلك هذا الطريق ، وقد توصلنا من خلال البحث في هذا الموضوع إلى جملة من النتائج والتوصيات التي خرجنا بها من بحثنا والتي يمكن تلخيصها كالآتي :

أولاً ـــــــ النتائج:

١. يكون الشخص مسؤولاً قانوناً إذا لجأ إلى الوسائل التي تتناقض مع حسن النية في استعمال الحقوق الإجرائية ، أو استعمال الخداع والمكر من أجل الحصول على حكم لصالحه.
٢. أن المشرع العراقي لم يتخذ موقفاً محدداً من واجب حسن النية ، ومع ذلك فأن هذا المبدأ يشكل أحد الواجبات التي فرضها القانون الإجرائي على سلوك المتقاضين ، بحيث يتعين عليهم الابتعاد عن سوء النية عند أتخاذهم إجراءات الخصومة المدنية.
٣. أن واجب حسن النية من مباشرة الإجراءات هو أحد مرتكزات مباشرة الدعوى تفرضه نصوص قانون المرافعات ، وأن هذا الواجب يقيد سلوك الخصم في استعمال الحقوق أو القيام بالواجبات ، وأن الإخلال بهذا الواجب يرتب جزاءات إجرائية ، ويفترض على المتقاضين أن يستهدف نشاطهم الوصول إلى كشف الحقيقة في المراكز المتنازع عليها في أقرب وقت وبأقل كلفة ، وأن يتعاونا مع المحكمة لغرض الوصول إلى هذا الهدف .
٤. أن القوانين الأنجلو سكسونية أوسع نطاقاً من الدول اللاتينية بالنسبة لواجب المعاونة في الإثبات ، حيث لم يقتصر الاتجاه الأول على التعاون حول أدلة ووسائل الإثبات فقط ، وإنما ذهبت الى ابعد من ذلك بكشف ما لديهم من مستندات متعلقة بالقضية حيث حدد لهم القانون ميعاد معين لتقديم تلك المستندات للمحكمة ، ويعد هذا الواجب من الواجبات التي يفرضها القانون تلقائياً على الخصم المكلف بهذا الواجب ، أي لا يتوقف على طلب أو قرار من المحكمة .
٥. أن القانون العراقي في شأن المعاونة في الإثبات لم يتخذ موقفاً إيجابياً في هذا المجال ولم يذهب إلى ما ذهبت إليه التشريعات في القوانين المقارنة بفرض واجب الأمانة ،

أو إلى كشف الحقيقة وإنما ترك هذا الأمر للاستنباط من نصوص القوانين المتفرقة ، ولم يتضمن القانون قاعدة عامة تشير إلى هذا الواجب صراحة ،

٦. أن الاستوبل يعد قيداً على الخصوم من الادعاء بدعاوي كيدية القصد منها الحاق ضرر بالخصم الآخر وهي كما تشمل أطراف الدعوى الأصليين ، فأنها تشمل كذلك كل من له مصلحة بالدعوى كالمتدخل بالدعوى والشخص الثالث أو أن يرتبط بها برابطة ما ، ويجب أن يثار الدفع الاستوبل بواسطة الخصم في مواجهة خصمه ، ولا يمكن إثارته بواسطة أجنبي .

٧. أن مبدأ الدفع بالا ستوبل يحتم على الخصم أن يكون سلوكه أثناء المنازعة متآلفاً ومتناغماً مع ما سبق أن أتخذه من مواقف قانونية أو واقعية ، استجابة لمبدأ حسن النية في ممارسة الحقوق وتنفيذ الالتزامات .

٨. أن الاستوبل الإجرائي يلعب دوراً وقائياً مانعاً من التعسف، لأن نظرية التعسف تلعب دوراً مزدوجاً في الرقابة والإشراف على الحقوق بصورة عامة ، فهو يحقق السرعة في التقاضي مما يؤدي إلى تفعيل دور القضاء والعدالة لأن العدالة البطيئة موت للحقوق وهدم للمراكز ، وذلك من خلال منع السلوكيات والتصرفات غير المنضبطة للخصم ، التي يقصد من ورائها إطالة أمد النزاع والتسويف والمماطلة ، وللاستوبل الإجرائي دور هام وفعال في منع الخصوم من التناقضات في سلوكهم الإجرائي ، مما لها إضرار على الخصم من ناحية وعلى سير القضاء وفعاليته من ناحية أخرى.

ثانياً ـــــــ التوصيات:

١. ضرورة تشريع نصوص قانونية تنظم واجب المعاونة بين الاطراف لحل منازعاتهم ، وذلك لسرعة حسم الدعاوي والقضاء على تعسف الخصوم.

٢. ضرورة النص على جعل التعاون القضائي الدولي مبدأً دولياً عاماً لا يتوقف تطبيقه على وجود اتفاقية دولية بين دول الجماعة الدولية ، وذلك بهدف تحقيق روح التعاون والتنسيق وإشاعة ثقافة التعاون والتضامن بين الاجهزة القضائية للدول المختلفة ، وذلك تحقيقاً لحماية مصالح الافراد المشروعة عبر الحدود .

٣. ندعوا المشرع العراقي الى إيجاد وسائل بديلة عن اجراءات التقاضي العادية ، وذلك بسن قانون ينظم تلك الوسائل ، كالمفاوضات والتوفيق والوساطة ، كما هو الشأن في الأنظمة القانونية الحديثة ، وإنشاء مؤسسات وأشخاص مؤهلين ومتفرغين للقيام بهذه

المهمة ، ولا شك أن هذا الأسلوب سوف يقلل من اعداد القضايا المكدسة أمام المحاكم على اختلاف درجاتها ، وبالتالي يقضي على حالات تعسف الخصوم عن طريق ادارة الدعوى قبل عرضها أمام المحاكم .

٤. ضرورة اصلاح مرفق العدالة بما يتلاءم وتطورات العصر الحديث ، وضرورة منح القاضي مزيد من الصلاحيات التي تؤهله من مواجهة ظاهرة التعسف وما ينتج عنها من اضرار تصيب الخصم الآخر أو تأخر الفصل في الدعوى مما يؤدي الى كثرة تكدس الدعاوي أمام جهات التقاضي ، فالقاضي هو الذي يمنح الآجال في الدعوى أو يمنعها ، ويتخذ اجراءات أثباتها ، وهو الذي يقدر مدى صلاحيتها للفصل فيها من عدمه .

٥. لا سبيل لعلاج ظاهرة التعسف في العلاقات الخاصة الدولية ، إلا بمنح القاضي دوراً يمكنه من القضاء على تلك الظاهرة ، وذلك عن طريق التخطيط السليم لمستقبل العدالة في العراق ، ووضع السياسة السليمة التي تهدف وتتكفل النهوض بجميع جوانبها ، وايجاد علاج للصعوبات التي تعترضها ويجب أن تتسم هذه السياسة بالثبات والاستقرار في حالة كونها مجدية ، إلا إذا كشفت التجربة عن وجود قصور فيها فيجب أن تتغير بما يلاءم الوضع والمستجدات التي قد تطرأ .

الهوامش

(1) ينظر : د. أبو العلا النمر ، القانون الخاص الدولي – دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما (اليونيدروا) المتعلقة بعقود التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ، سنة الطبع بلا ، ص١٩٥.

(2) ينظر : د. علي مصطفى الشيخ ، الاجراءات التسويفية (دراسة في ظاهرة المماطلة ، مفهومها ، والمواجهة القانونية لها أمام القضاء المدني) مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، دورية علمية-محكمة ، الجزء الثاني ، العدد/٥٦ أكتوبر ، تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ٢٠١٤م ، ص١٨٧ومابعدها.

(3) ينظر : د. إبراهيم النفياوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، كلية الحقوق ، سنة ١٩٨٧م ، ص٤٨٤.

(4) ينظر : د. إبراهيم النفياوي، نفس المرجع ، ص٤٨٥، و د. علي مصطفى الشيخ ، مرجع سابق ، ص١٩١.

(5) ينظر : د. إبراهيم أمين النفياوي ، نفس المرجع ، ص٤٨٥-٤٨٦، و د. علي مصطفى الشيخ ، نفس المرجع، ص١٩٠.

(6) أن الواجب الأخلاقي بقول الصدق يجيز الإخفاء والكتمان في بعض الحدود من أجل دوافع كثيرة كاحترام حق الغير والحق في الشرف والكرامة والسلامة ، أن السرية تكون جائزة في بعض الحالات واجبة وفي حالات أخرى كحماية الأسرار المهنية والعائلية، بل أن الكذب يكون جائز في بعض الأحيان إذا كان الغرض منه حماية ضد القتل أو الجرح، إذا كان هو الوسيلة الوحيدة ، ومع ذلك تظل فائدة قول الصدق هي الأساس ويكون الاستثناء في حدود ضيقة ، ينظر : د. أمين النفياوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، مرجع سابق ، هامش ٣ ، ص٤٨٦.

(7) ينظر : د. سيد أحمد محمود ، أصول التقاضي ، منسأة المعارف ، الإسكندرية ،سنة ٢٠٠٩م ، ص٣٩٧ وما بعدها ، د. إبراهيم أمين النفياوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، مرجع سابق ، ص٤٨٦.

(8) كما أن الاختلاف الفقهي قد أرمى بظلاله في موقف التشريعات في النظم القانونية المختلفة فقد اتجهت بعض التشريعات إلى فرض التزام قانوني على الخصوم بقول الحقيقة ، كالقانون الإيطالي في المادة ٨٨ من قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٢م ، حيث فرض على الخصوم والمحامين واجب الأمانة والنزاهة في مسلكهم أمام القضاء ، وبمقتضى هذا النص ، فأن القانون قد فرض على الخصوم والمحاميين واجب حسن النية، وأجاز القانون الحكم بالتعويضات ومصاريف الخصومة عند مخالفته هذا الواجب ، في حالة التأكيد العمد لوقائع مخالفة للحقيقة ، لكن الالتزام بهذا الواجب لم يصل إلى الحد الذي يلزم الخصوم بإعلان الحقيقة إلى القاضي ، وهناك بعض من التشريعات قد فرضت قول الحقيقة إلى أبعد من ذلك ، حيث فرضت عليهم بالإضافة إلى واجب قول الحقيقة ، بأن لا يخفوا عن القاضي أية

واقعة تتعلق بالموضوع، كالقانون النمساوي في المادة ١٧٨ من قانون المرافعات ، ينظر : د. إبراهيم النفياوي ،مسؤولية الخصم عن الإجراءات، مرجع سابق ، ص٣٨٧، و د. على مصطفى الشيخ ، مرجع سابق ، ص١٩١، .

(9) ينظر : د. إبراهيم النفياوي ، مرجع سابق ، ص٤٨٨.

(10) تنص المادة من قانون الأثبات رقم ٥ لسنة ١٩٧٩ على أن "القضاء ساحة للعدل ولأحقاق الحق مما يقتضي صيانته من العبث والاساءة ويوجب على المتخاصمين ومن ينوب عليهم الالتزام بأحكام القانون وبمبدأ حسن النية في تقديم الأدلة والا يعرض نفسه للعقوبة".

(11) ينظر : د. إبراهيم النفياوي ، مرجع سابق ، ص٢٨٩ .

(12) تنص المادة ١٨٨ على أن" يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة من دعوى أو دفاع قصد بها الكيد".

١- (13) ينظر : د. محمد الروبي ، مبادئ المرافعات عبر الوطنية ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠١٣م ، ص١٣٨.

(14) ينظر : د. آدم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، الطبعة الأولى ، الناشر مكتبة السنهوري ، بغداد، سنة الطبع بلا ، ص٥٥.

(15) ينظر : د. إبراهيم أمين النفياوي ، أصول التقاضي، – الكتاب الأول – في أصول النظم القضائية ، الطبعة الاولى ، سنة الطبع بلا، ص٢٠٥.

(16) تنص المادة ٢٠٩ من قانون الاثبات العراقي على أن "للقاضي أن يأمر أياً من الخصوم بتقديم دليل الاثبات الذي يكون بحوزته ، فأن أمتنع من تقديمه جاز اعتبار امتناعه حجة عليه".

(17) تنص المادة ١/١٧ أولاً على أن "للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ، أتخاذ أي أجراء من إجراءات الاثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة" .

(18) تنص المادة ٧١ على أن "للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تستجوب من ترى موجباً لاستجوابه من أطراف الدعوى".

(19) تنص المادة ١١٤ على أن "لكل من الخصمين بأذن من المحكمة أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر".

(20) للمزيد من ذلك راجع د. إبراهيم أمين النفياوي، مبادئ الخصومة المدنية، ، الطبعة الاولى ،الناشر دار النهضة العربية،٢٠١٥م ، ص٤٨٦.

(21) كان للقانون الفرنسي القديم موقفاً جريئاً من واجب حسن النية ، حيث كان يقضي بفرض يمين عدم الافتراء أو عدم الالتجاء إلى الكذب على الخصوم ، ينظر : د. إبراهيم النفياوي ، مبادئ الخصومة المدنية ، مرجع سابق ، ص٥١٦.

(22) ينظر : د. إبراهيم النفياوي ، أصول التقاضي ، مرجع سابق ، ص٢٠٧.

(23) ينظر : د. إبراهيم النفياوي ، أصول التقاضي ، مرجع سابق ، ص٢٠٦.

(24) ينظر : د. إبراهيم النفياوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، مرجع سابق، سنة ١٩٨٧، ص٤٨٨.

(25) ينظر : د. إبراهيم النفياوي ، أصول التقاضي ، مرجع سابق ، هامش ٦٤٠ ، ص٢٠٧.

(26) ينظر : د. محمد الروبي ، مبادئ المرافعات عبر الوطنية ، مرجع سابق ، ص١٣٨.

(27) ينظر : د. إبراهيم النفياوي ، مبادئ الخصومة المدنية ، مرجع سابق ، ص٥٢١.

(28) ينظر : د. إبراهيم النفياوي ، نفس المرجع ، ص٥٢١.

(29) للمزيد من ذلك راجع : د. إبراهيم أمين النفياوي، مبادئ الخصومة المدنية ، مرجع سابق ، ص٤٨٨، د. آدم وهيب ، الموجز في قانون الإثبات، مرجع سابق ، ص١١٦ وما بعدها.

(30) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، الاستوبل الإجرائي ، مبدأ عدم التناقض الاجرائي ، الناشر دار النهضة العربية ، مصر ، سنة الطبع بلا ، ص١٦.

(31) وبهذا الصدد نصت المادة (٦٤/ثانيا/أ) من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن "إذا ناقض المقر ما كان قد أقر به سابقاً، كان هذا التناقض مانعاً من سماع دعاواه أو دفع".

(32) ولدت فكرة الاستوبل في القانون الإنجليزي في القرن الثاني عشر والثالث عشر ، وثم تطورت الفكرة حتى أخذت إشكالاً عديدة وصور متنوعة ، وكلمة الاستوبل باللغة الإنكليزية Estoppel مشتقة من الكلمة اللاتينية Stuppa والتي تحمل معاني عدة منها : صمام أو سدادة bouchon تستخدم بمعنى المنع ، الإعاقة ، والانسداد ينظر : حارث سليمان الفاروقي ، المعجم القانوني ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ط٢، ١٩٨٢ ، ص٢٥٧. وهو يقابل القاعدة الشرعية الأصولية "من سعى في نقض ما تم عن جهته فسعيه مردود عليه "، ، المنصوص عليها في المادة (١٠٠) من مجلة الأحكام العدلية ، ينظر : د. مصطفى إبراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد ، الطبعة الأولى ، دار نشر أحسان للنشر والتوزيع ، إيران ، ٢٠١٤. ص٣٧٤.

(33) رمضان إبراهيم عبد الكريم موسى ، التناقض الإجرائي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤، ص٧٨.

(34) المرجع نفسه ،ص ٧٩

(35) المرجع نفسه ، ص٨٠.

(36) ينظر : د. رائد علي الكردي ، الدفوع الشكلية بين الشريعة وقانون أصول المحاكمات المدنية ، الطبعة الأولى ، الناشر مركز الكتاب الأكاديمي ، عمان ، الأردن ، ٢٠١٠م، ص٨٤ وما بعدها .

(37) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص٢٢.

(38) ينظر : د. رمضان إبراهيم عبد الكريم، مرجع سابق ، ص٨٠.

(39) ينظر : مدرس مساعد رغد عبد الأمير حميد الخزرجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية ، مجلة ديالى ، العدد الرابع والستون ، سنة ٢٠١٤م، ص٧٨ وما بعدها.

(40) ينظر : د. إبراهيم أمين النفياوي ، مبادئ الخصومة المدنية ، مرجع سابق ، ص٤٤٨، د. أحمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات المدنية الدولية ، مرجع سابق ، ص٣٦٦.

(41) وتعني العدالة المطلقة غير المقيدة ، عدالة طبيعية أو وجدانية سميت هكذا لأنها تتشد أعلى مراتب العدل دون حد أو قيد وتعرض عن القانون ، إذا اقتضى الأمر تلبية لداعي الإنصاف المجرد والعدالة الطبيعية تضع الحق في نصابه مهما أعوزته أسباب القانون وهي ترمي في النظر إلى الحق على أنه سلطة أو امتياز ضروري لتحقيق سيادة الفرد واستقلاله وأنه يمثل نطاق النشاط الحر للأفراد . ينظر : د. إبراهيم أمين النفياوي ، التعسف في التقاضي ، مرجع سابق ، ص٦٧.

(42) ينظر : د. أحمد سيد محمود ، مرجع سابق ، ص٣٧ وما بعدها .

(43) ينظر

Philippe Pins : "Distinetion entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international ", JD-4-1998. P. 908 ets.

(44) "إذا كانت القاعدة العامة التي يقررها الفقه أن النظرية لمبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي غير ضرورية لغموضها وإبهامها كما أنها تفتح الباب للقضاة من حيث أعمال حكمهم الشخصي بحرية تامة في حل المنازعات تلك التي يؤيدها القضاء الإنجليزي وذلك على اعتبار أن هناك العديد من الحالات التي تصل بشأنها إلى حلول دون حاجة إلى اللجوء إلى مبدأ حسن النية" .ينظر : م. م. رغد عبد الأمير الخزرجي ، مرجع سابق ، ص١٨٠.

(45) من القوانين التي تأخذ بمبدأ حسن النية القانون الأمريكي الموحد (UCC) وهو قانون التجارة الموحد وفيه أيضاً عرف مبدأ حسن النية في القوانين اللاتينية.

(46) ينظر : د. عباس العبودي ، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٦م ، ص٢٨٣.

(47) ينظر : د. أحمد سيد محمود ، نفس المرجع ، ص٣٨. وكذلك ينظر : د. نفيس صالح مدانات ، الاستوبل في القانون الدولي العام ، بحث منشور في الإنترنت على الموقع الإلكتروني : article<alarai.com>_.

(48) ينظر :

Spencer Bower and sir A tumer, The Law relating to estoppel by peresentation, butter wortns, londers 1973. P.16.

مشار إليها عند : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص٣٩، هامش ١٢٦.

(49) ينظر : د. عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص٢٧٧.

(50) ينظر :

J. Darjant, La doctrine de I'estoppel une théorie oringinale du droit angtais en matiére de preu re, Thése grenoble, 1943. P229.

(51)

G. Cornu, Vocabulaire juridique , Puf, 2007, P.372.

مشار إليه عند : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، هامش ١٣١ وما بعدها.

(52) للمزيد ينظر : أستاذنا د. منصور حاتم منصور وأستاذنا د. هادي حسين الكعبي ، الاثـر الإجرائـي للواقع والقانون في تحديد حق محكمة التمييز، دراسة مقارنة ، بحث منشور في شبكة الإنترنت علـى الموقع الإلكتروني : www.uobababylon.edu.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٦/٢٢.

(53) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص٤٢-٤٣.

(54) ينظر : د. أحمد ابو الوفاء ، نظرية الدفوع ، مرجع سابق ، ص٨٩٢ وما بعدها.

(55) نفس المرجع ، ص٨٩٤، وكذلك ينظر : القاضي عباس زياد السعدي ، الخصومة من الدعوى المدنية ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٦م ، ص١٩٥ وما بعدها .

(56) ونص القاعدة الثامنة من القانون هو :

Rule 8 : (C) Affirmative defenses (1). In general , in responding to a pleading, a party must afire matively state any avoidance or affirmative defense, including: estoppel; res judieata.

(57) ينظر : د. رمضان أبراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص٧٨ وما بعدها، وكذلك د. مرتضى جمعة عاشور ، الدفع بالا ستوبل للتحكيم التجاري الدولي ، كلية القانون ،جامعة ذي قار ، متاح علـى شبكة الإنترنت.

(58) ينظر : د. نفيس صالح مدانات ، الاستوبل من القانون الدولي العام ، مقالة منشورة على شبكة الإنترنت على الموقع : www.larticle<alrai.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٦/٢٢.

(59) في الدعاوى أـرقام ٣٥ ، ٤١ ، ٤٤ ، ٤٥ لسنة ١٢٩ قضائية تحكيم تجاري القاهرة ، الدائرة السابعة التجارية ، جلسة ٥ فبراير ٢٠١٣ حكم غير منشور . مشار إليه عند د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، هامش ١٦٥ ، ص٤٧.

(60) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص٤٨.

(61) ينظر : د. حمدي أحمد علي ، حسن النية في الدفوع الدولية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة، الناشر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠م، ص٢٧٩.

(62) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص٩٧.

(63) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص٨٧ وما بعدها.

(64) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٩٠.

(65) "القانون الفرنسي والمصري يعتدان في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبهاً العدالـة وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعاً مع وحدة علتها وأتساق الحكم المشترك فيها ، ممـا يحول وصفها بالاستثناء وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها ، مؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه – سلباً أو إيجاباً – في ظهور المتـصرف على الحق بمظهر صاحبه ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركـز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة مما يقتضي نفاذ التصرف المبـرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق ". ينظر: د. سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص٩٣ .

(66) ينظر : فتحية قرة ، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة الطبع بلا ، ص٣٥ وما بعدها.

(67) ينظر : شيرزاد عزيز سلمان ، حسن النية في أبرام العقود ، الطبعة الأولى ، دار دجلة ، عمان ، ٢٠٠٨م، ص٤١٧-٢٢٠.

(68) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص٨٠.

(69) ينظر : د. حفيظة السيد حداد ، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧م، ص٢٣٥ومابعدها .

(70) ينظر : د. حفيظة السيد حداد، مرجع سابق ، ص٢٣٤ .

(71) Cir.Ire,6Juill.2005n0I-I5.9I2,D.2006.14252.2005.3050,obs.T.clay,note , Agostini; Rev. Crit. P2006.602,not. H. Muir Watt; RTP com. 2006. 309, obs. E, Loquin, JCP, 2005. I, 179, not J. Orischeidt; RPC2006.1279, Not, B. fauvrque-cosson; JDI2006.608. note,M. Béhar-Touchais.

أشار إليه : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، هامش ٧٠٥ ، ص١٧٧.

(72) من الدعاوى أرقام ٣٥ ، ٤١ ، ٤٤ ، ٤٥ لسنة ١٢٩ قضائية تحكيم تجاري القاهرة ، الدائرة السابعة التجارية ، جلسة ٥ فبراير ٢٠١٣.

(73) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص٥٣

(74) ينظر : د. أحمد سيد أحمد، مرجع سابق ، ص١٢٩ وما بعدها.

(75) ينظر : د. أحمد إبراهيم عبد التواب ، مرجع سابق ، ص١١٩ وما بعدها.

(76) ينظر : القاضي لفتة هامل العجيلي ، سقوط الحق الإجرائي في قانون المرافعات والقانون المدني ، الطبعة الأولى، مطبعة الكتاب ، بغداد، ٢٠١١م، ص٨٨ وما بعدها.

(77) ينظر : د. أحمد إبراهيم عبد التواب ، مرجع سابق ، ص٨٢٦.

(78) نقض مدني الطعن رقم ١٨٦٥ لسنة ٦٥ في جلسة ٢٩ يونيه ١٩٩٧ مجموعة أحكام النقض رقم ١٩٥ ص ١٠٢٥.

(79) ينظر : د. إبراهيم أمين النفياوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، مرجع سابق ، ص٣٤٩.

(80) ينظر :

Emmanel Gaillard: "Linterdiiction de se contredire audétriment d'autrui comme pincipe general du commerce international. Le principe de I'stoppel dans quelques sentences arbitrales récentes". Rev. Arbitr., 1985.

مشار إليه عند: د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، هامش ٦٠٩، ص١٥٧.

(81) ينظر :

Olivia Baldes: L'estoppel au l'approehe renouvelée des systémes d'interdiction de l'autocontradiction en procedures n3, etude 5.

مشار إليه عند : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، هامش ٦١١، ص١٥٧.

(82) ونصها بالفرنسية

"Article 1466 modifé par Décret n 2011-48 du 13 Janvier 2011-art. 2: La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'imvoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est repute avoir renoncé âs'en prévaloir.

(83) 1re Civ. 6jullet2005("X…e/République islamique d'lran"), Bull., I n 302, D.2006, Jur.P. 1424, obs. E.Ajostini, RTD Com. 2006. P.309. Obs. E. Loquin; Revue des contrats, 1re octobre 2006, n 4, p. 1279, note Bénédicte fauvarque. Cosson; Revueorbitrage. 2005. 993. notePH. Pinsolle.

(84) للمزيد من ذلك ينظر : د. مرتضى جمعة عاشور ، مرجع سابق.

(85) ينظر : د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، ١٧٧-١٧٨.

(86) ينظر : د. رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات ، سنة ١٩٦١م، ص٣٧٩. وكذلك ينظر : د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١م، ص٤٨٦.

(87) ينظر : د. عبد الباسط جميعي ، الإساءة في التقاضي ، مرجع سابق ، ص٤٠.

(88) ينظر : د. إبراهيم أمين النفياوي، مبادئ الخصومة المدنية، مرجع سابق ، ص٤٣٦.

(89) ينظر : د. أحمد إبراهيم عبد التواب ، مرجع سابق ، ص٨٠١.

(90) ينظر : د. إبراهيم أمين النفياوي، مبادئ الخصومة المدنية ، مرجع سابق ، ص٤٣٧.

المصادر

أولاً ـــ المصادر العامة:

١. د. إبراهيم النفياوي ، أصول التقاضي –الكتاب الأول –في اصول النظم القضائية ،الطبعة الأولى ،٢٠٠٧م

٢. _____

_____

_____ ، التعسف في التقاضي ، الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ،القاهرة ، سنة ٢٠٠٦م.

٣. _____

_____

_____ ، مبادئ الخصومة المدنية ، الطبعة الأولى ،الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠١٥م .

٤. د. أبو العلا النمر ، القانون الخاص الدولي – دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما (اليونيدروا) المتعلقة بعقود التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ، مصر ، سنة الطبع بلا.

٥. د. أحمد ابو الوفاء ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، الناشر دار المطبوعات الجامعية امام كلية الحقوق ،الإسكندرية –مصر ، سنة ٢٠٠٧م .

٦. د. أحمد سيد أحمد ، الاستوبل الإجرائي ، مبدأ عدم التناقض الاجرائي ، الناشر دار النهضة العربية ، مصر ، سنة الطبع بلا .

٧. د. أحمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات المدنية الدولية ، الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ، مصر ، سنة ٢٠٠٠م .

٨. د. آدم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، الطبعة الأولى ، الناشر مكتبة السنهوري ، بغداد، سنة الطبع بلا .

٩. د. حفيظة السيد حداد ، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧م .

١٠. د. حمدي أحمد علي ، حسن النية في الدفوع الدولية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة، الناشر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠م.

١١. د. رائد علي الكردي ، الدفوع الشكلية بين الشريعة وقانون أصول المحاكمات المدنية ، الطبعة الأولى ، الناشر مركز الكتاب الأكاديمي ، عمان ، الأردن ، ٢٠١٠م.

١٢. د. رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات ،سنة ١٩٦١م .

١٣. د. سيد أحمد محمود ، أصول التقاضي ، منسأة المعارف ، الإسكندرية ،سنة ٢٠٠٩م.

١٤. د. شيرزاد عزيز سلمان ، حسن النية في أبرام العقود ، الطبعة الأولى ، دار دجلة ، عمان ، ٢٠٠٨م.

١٥.د. عباس العبودي ، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٦م.

١٦. القاضي . عباس زياد السعدي ، الخصومة في الدعوى المدنية ، الناشر مكتبة صباح ، بغداد ، سنة ٢٠١٤م.

١٧.د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١م.

١٨.د. فتحية قرة ، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة طبع بلا .

١٩. القاضي . لفتة هامل العجيلي ، سقوط الحق الإجرائي في قانون المرافعات والقانون المدني ، الطبعة الأولى، مطبعة الكتاب ، بغداد، ٢٠١١م.

٢٠. د. محمد الروبي ، مبادئ المرافعات عبر الوطنية ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٤م.

٢١. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد ، الطبعة الأولى ، دار نشر أحسان للنشر والتوزيع ، إيران ، ٢٠١٤م .

ثانياً ـــ الرسائل والاطاريح:

١ـــ إبراهيم النفياوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، كلية الحقوق ، سنة ١٩٨٧م.

٢ـــ أحمد إبراهيم عبد التواب ،النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي ، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي (رسالة دكتوراه) ،جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، سنة ٢٠٠٥م .

٣ـــ رمضان إبراهيم عبد الكريم موسى ، التناقض الإجرائي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م .

ثالثاً ـــ المجلات والبحوث:

١ـــ مدرس . رغد عبد الأمير حميد الخزرجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية ، مجلة ديالى ، العدد الرابع ولستون ، سنة ٢٠١٤، ص٧٨ وما بعدها.

٢ـــ د. عبد الباسط جميعي ، الإساءة في المجال الإجرائي ، إساءة استعمال الحق في التقاضي والتنفيذ ،مجلة القانون والاقتصاد ، عدد خاص ،١٩٨٣م

٣ـــ د. مرتضى جمعة عاشور ، الدفع بالا ستوبل للتحكيم التجاري الدولي ، كلية القانون ،جامعة ذي قار ، متاح على شبكة الإنترنت

٤ـــ أستاذنا د. منصور حاتم منصور وأستاذنا د. هادي حسين الكعبي ، الاثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد حق محكمة التمييز، دراسة مقارنة ، بحث منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني : www.uobababylon.edu.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٦/٢٢.

٥ـــ د. علي مصطفى الشيخ ، الاجراءات التسويفية (دراسة في ظاهرة المماطلة ، مفهومها ، والمواجهة القانونية لها أمام القضاء المدني) مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، دورية علمية-محكمة ، الجزء الثاني ، العدد/٥٦ أكتوبر ، تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ٢٠١٤م.

٦ـــ د. نفيس صالح مدانات ، الاستوبل في القانون الدولي العام ، بحث منشور في الإنترنت على الموقع الإلكتروني : article<alarai.com>_.

رابعاً ـــ الأحكام القضائية:

١ـــ الدعاوى أرقام ٣٥ ، ٤١ ، ٤٤ ، ٤٥ لسنة ١٢٩ قضائية تحكيم تجاري القاهرة ، الدائرة السابعة التجارية ، جلسة ٥ فبراير ٢٠١٣ حكم غير منشور . مشار إليه عند د. أحمد سيد أحمد ، مرجع سابق ، هامش ١٦٥ ، ص٤٧.

٢ـــ الدعاوى أرقام ٣٥ ، ٤١ ، ٤٤ ، ٤٥ لسنة ١٢٩ قضائية تحكيم تجاري القاهرة ، الدائرة السابعة التجارية ، جلسة ٥ فبراير ٢٠١٣.

٣ـــ محكمة النقض المصرية ، نقض مدني الطعن رقم ١٨٦٥ لسنة ٦٥ في جلسة ٢٩ يونيه ١٩٩٧م مجموعة أحكام النقض رقم ١٩٥.

Abstract

The parties must deal in good faith with good conduct with their other adversary.If one of the adversaries finds that the right on the side of his adversary is recognized by him and inflicted upon him without intransigence or arbitrariness, and the representatives of the adversaries shall aim at defending their clients to realize the right. And justice, and that their defense of their clients is not to achieve their aims, whether legitimate or illegal. There is no doubt that this approach was followed for the lack of many disputes, and the opponents and judges rested from the proceedings are intended only to procrastinate and arbitrariness towards the other opponent.

The procedural stubs also play a preventive role that prevents arbitrariness, because the theory of arbitrariness plays a dual role in the control and supervision of rights in general and poses in this area a much deeper problem than the question of responsibility, the problem of the right to play its role in harmony and harmony without contradiction with others rights, This stage precedes the stage of responsibility and is achieved by initiating an end to the use of the right.If it turns out that it threatens the balance between rights, the judge decides (not to accept), which consecrates the preventive role of this idea, which works to reduce the excess or deviation of the use of the right to this extent. And inhibits the order For him to the stage of responsibility or what can be described as arbitrary, or in other words, when it raised the preventive nature of the idea of arbitrariness.

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

Methods of controlling the procedural "Arbitrariness" in private international Relations

(A comparative study)

P. Dr. Firas kareem shiaan
A.lec.Salah agmi gmeel